

# **O PLURALISMO JURÍDICO E OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL**

**MARCOS ANTONIO LORENCETTE MONTE**

*Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas — Especialidade Direito.*

*Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer.*

**FLORIANÓPOLIS**

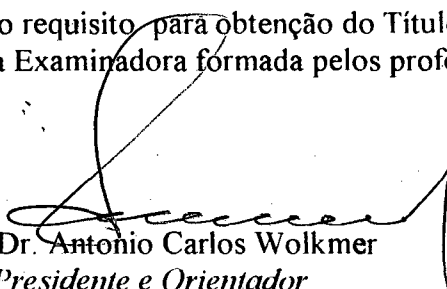
**1999**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO


**MARCOS ANTONIO LORENCETTE MONTE**

**O PLURALISMO JURÍDICO E  
OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL**

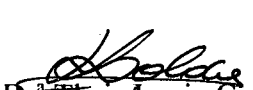
Dissertação aprovada como requisito para obtenção do Título de Mestre em  
Direito, pela Banca Examinadora formada pelos professores:



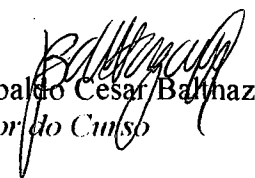
Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer  
*Presidente e Orientador*



Prof. Dr. Silva Coelho dos Santos  
*Membro Titular*



Prof. Dr. Thais Luzia Colaço  
*Membro Titular*



Prof. Dr. Ubaldo César Balhazar  
*Coordenador do Curso*

Florianópolis, 13 de setembro de 1999.

*Às pessoas que mais amo:  
Meu pai, minha mãe, meus irmãos,  
Minha esposa Sandra e  
Meus filhos Bianca e Francisco;*

*Ao amigo Carlos Roberto Jaques, pelos  
frequentes 'puxões de orelha', imprescindíveis  
para a elaboração final deste trabalho;*

*À Maria Helena, que sempre acreditou e  
incentivou minhas possibilidades;*

*Aos ex-colegas de assessoria jurídica e à  
grande maioria dos agentes do CIMI, por  
possibilitarem a convivência e o sonho de  
construir um País que tenha espaço para  
todos;*

*Aos povos indígenas no Brasil, que, com sua  
existência, enriquecem toda a humanidade;*

## ***Agradecimentos***

*À coordenação e docentes do Curso de Mestrado da UFSC;*

*Ao orientador, Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer, pela dedicação;*

*Ao Prof. Dr. Silvio Coelho dos Santos, pela presença e valiosa contribuição desde as primeiras linhas do projeto deste trabalho;*

*Aos amigos, colegas, funcionários (CPGD) e a todos aqueles que, de alguma forma, participaram e contribuíram na elaboração desta Dissertação;*

*A Ivanor Katzscharowski, digitador, revisor, assessor metodológico e amigo 'de última hora', agradável surpresa, sem a qual não ocorreria o fechamento da presente. Sinal da possibilidade de um mundo solidário.*

## SUMÁRIO

<b>LISTA DOS QUADROS</b> .....	v
<b>LISTA DAS SIGLAS</b> .....	vi
<b>RESUMO</b> .....	vii
<b>RESUMEN</b> .....	viii
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>1 A PLURALIDADE ÉTNICO-JURÍDICA</b> .....	05
1.1 O PLURALISMO JURÍDICO .....	05
1.1.1 <i>O monismo jurídico : evolução e crise</i> .....	05
1.1.2 <i>A elaboração de um novo paradigma jurídico</i> .....	08
1.1.3 <i>Sistemas jurídicos indígenas</i> .....	15
1.2 O PLURALISMO ÉTNICO CULTURAL .....	18
1.2.1 <i>A cidadania na civilização Greco-Romana</i> .....	19
1.2.2 <i>A cidadania individualista do Estado liberal</i> .....	20
1.2.3 <i>A nova cidadania</i> .....	25
1.2.4 <i>O Estado brasileiro e sua composição étnica</i> .....	28
1.3 HISTÓRICO SOCIOPOLÍTICO DA RELAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO COM OS POVOS INDÍGENAS ..	41
1.3.1 <i>Índios aldeados e índios escravos : o Brasil Colonial</i> .....	42
1.3.2 <i>Tutela Orfanológica : o Brasil Imperial</i> .....	48
1.3.3 <i>Relativa incapacidade civil : o Brasil República</i> .....	49
1.3.4 <i>Terras indígenas</i> .....	52
<b>2 A ORDEM CONSTITUCIONAL, ESTADO E DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS</b> .....	57
2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	57
2.1.1 <i>Terras indígenas</i> .....	59
2.1.2 <i>Usufruto exclusivo</i> .....	65
2.1.3 <i>Restrições aos direitos patrimoniais dos índios</i> .....	65
2.2 PROJETO DE LEI DO ESTATUTO DAS SOCIEDADES INDÍGENAS E CONVENÇÃO 169 DA O.I.T. — ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO .....	68
2.3 ASPECTOS DA ATUAL REALIDADE INDÍGENA NO BRASIL .....	77
<b>3 O DIREITO INDÍGENA E A CIDADANIA COLETIVA</b> .....	97
3.1 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA INDÍGENA .....	98
3.2 A AUTONOMIA INDÍGENA .....	110
3.2.1 <i>Concepções e conceitos</i> .....	117
3.2.2 <i>O direito indígena no Perú, Colômbia e Brasil</i> .....	120
3.3 UMA EXPERIÊNCIA DE PLURALIDADE E DE CIDADANIA INDÍGENA : OS KAINGANG DO PINHAL ...	125
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	134
<b>ANEXOS — QUADRO 5 E 6 — SINÓPTICO DOS PROJETOS REFERENTES AOS POVOS INDÍGENAS</b> .....	138
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	147

## LISTA DOS QUADROS

Quadro 1 — População indígena brasileira .....	38
Quadro 2 — Situação Jurídico-Administrativa das Terras Indígenas no Brasil 30/6/97 .....	86
Quadro 3 — Violências cometidas contra as populações indígenas no Brasil 1994/1996 .....	91
Quadro 4 — Mobilizações .....	109
Quadro 5 — Sinóptico dos projetos referentes aos povos indígenas em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (Anexo 1) .....	137
Quadro 6 — Sinóptico dos projetos sobre índios apensados ao PL 4916/90 (estatuto das soc. indígenas) em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (Anexo 1) .....	142

## LISTA DAS SIGLAS

ABA — ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA  
ADCT — ATOS DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS  
ANAI/RS — ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE APOIO AO ÍNDIO - RS  
APBKG — ASSOCIAÇÃO DOS PROFESSORES BILÍNGÜES KAINGANG E GUARANI  
APOIS — ARTICULAÇÃO DOS POVOS E ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS NO SUL  
CAPOIB — CONSELHO DE ARTICULAÇÃO DOS POVOS E ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS NO BRASIL  
CIMI — CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO  
CMPI — CONSELHO MUNDIAL DOS POVOS INDÍGENAS  
COIAB — COORDENAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS DA AMAZÔNIA BRASILEIRA  
COMIN — CONSELHO DE MISSÕES ENTRE ÍNDIOS  
CPI — COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO  
CPI/SP — COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO  
CSN — CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL  
DINE — SERVIÇO DE INFORMAÇÃO INDÍGENA  
FUNAI — FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO  
INCRA — INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA  
ISA — INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL  
MMA (MOVIMENTO DAS MULHERES AGRICULTORAS),  
MST — MOVIMENTO DOS SEM-TERRA  
NDI — NÚCLEO DE DIREITOS INDÍGENAS  
NGG — NEMBOATY GUASU GUARANI  
OEA — ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS  
OIT — ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO  
ONISUL — ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES INDÍGENAS NO SUL  
ONU — ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS  
PDC — PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS  
PEC — PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO  
PL — PROJETO DE LEI  
PLS — PROJETO DE LEI DO SENADO  
PRC — PROJETO DE RESOLUÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS  
SPI — SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO ÍNDIO  
SUS — SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE,  
UFRS — UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
UFSC — UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
UNI — UNIÃO DAS NAÇÕES INDÍGENAS  
UNIJUÍ — UNIVERSIDADE DE IJUÍ (RS)  
UNOESC — UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA  
EUA — ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

## RESUMO

Na presente dissertação propõe-se demonstrar a relação dos povos indígenas com o Estado brasileiro, desde o início de sua conformação, em 1500, até a atualidade. Inicialmente, busca-se no pluralismo jurídico comunitário-participativo o novo referencial político-jurídico de um Direito que reconhece a autonomia (a qual contempla, dentre outros elementos, o Direito elaborado pelas comunidades) dos povos indígenas e, está comprometido com o acesso dessas populações às suas terras de ocupação tradicional. Em seguida, no segundo capítulo, analisa-se a recepção pela nova ordem constitucional do reconhecimento das instituições sociojurídicas das comunidades indígenas, assim como investiga-se a legislação indigenista vigente e projetos de lei e de emendas à Constituição em tramitação no Congresso Nacional. Destaca-se também a situação indígena frente ao Estado no período de 1987 a 1997. Finalmente, apresenta-se a nova cidadania exercida pela população indígena através de suas lutas pelo direito originário a suas terras e pela efetivação de sua autonomia. Dessa forma, procura-se demonstrar a dimensão étnica da cidadania, ou seja, a possibilidade dos povos indígenas de viverem e de se relacionarem com a sociedade brasileira a partir de seus valores, tradições e instituições, constituindo-se em novos sujeitos coletivos na construção de um Estado pluriétnico.



## RESUMEN

Na presente investigação se destina demonstrar la relación de los pueblos indígenas con el Estado brasileiro desde el inicio de su conformación en 1500, hasta la actualidad. Inicialmente busca en el pluralismo jurídico comunitário-participativo el nuevo referencial político-jurídico un Derecho que reconoce la autonomía (lo cual contempla, entre otros elementos, el Derecho elaborado por la comunidad) de los pueblos indígenas y está comprometido con el acceso de estas poblaciones a sus tierras tradicionales. Después, en el segundo capítulo, analiza la recepción de la nueva orden constitucional de reconocimiento de las instituciones sociojurídicas y las comunidades indígenas, así como también investiga la legislación indígena actual, proyectos de ley y de enmiendas para la constitución en trámite en el Congresso Nacional brasileiro. Destaca la situação indígena frente al Estado en el periodo 1987 a 1997. Presenta finalmente una nueva ciudadanía que es ejercida por la población indígena a través de sus luchas por el derecho originário a sus tierras y por la efectivación de su autonomía. De esta manera, busca demostrar la dimensión étnica de la ciudadanía, es decir, la posibilidad que los pueblos indígenas vivan y se relacionen con la sociedad brasileira a partir de sus valores, tradiciones y instituciones, constituyendo nuevos sujetos colectivos en la construcción de un Estado plural e étnico.

## INTRODUÇÃO

Na presente investigação tem-se como objetivos principais demonstrar os elementos da relação estabelecida entre os povos indígenas e o Estado brasileiro e a análise da dimensão étnica da nova cidadania. Justifica-se esta opção pela necessidade de se definir um lugar para esses povos neste País, pois foram considerados desde o início da sua formação com a instalação do processo colonial, como obstáculo a ser removido em nome da 'civilização' e do 'progresso', através de incessantes medidas integracionistas, com o firme propósito de, até a década de 60, deste século, levá-los ao inevitável desaparecimento, compreensão que passou a ser alterada com as pesquisas de Darcy Ribeiro, publicadas em sua obra 'Os índios e a civilização : integração e as populações indígenas no Brasil moderno', de outros antropólogos, e, nas décadas seguintes, com a estruturação de entidades de apoio, como o CIMI, a CPI-SP, o CTI, o COMIN, a ANAI-RS, o ISA e ao processo de organização das populações indígenas, como as Assembléias Indígenas, a UNI, a ONISUL, a COIAB, a APOIS, a NGG, dentre outras, reivindicando seus direitos.

Não obstante a temática constituir-se em um processo histórico de, praticamente cinco séculos, não poderia ser mais atual, em vista que é impossível negar a imperiosidade de ver, sentir e refletir os problemas que vivem os povos indígenas, de que no Brasil de hoje há injustiças gritantes, a marginalização e a violência contra essas populações têm instituído a barbárie em terras brasileiras. Considera-se ainda a carência de investigações acerca do Direito e da política indigenista e, do Direito desses povos, que geram a ausência de uma compreensão adequada pelos operadores do Direito.

Para se alcançar esses objetivos propostos, situa-se a presente dissertação em três capítulos distintos e confluentes, efetivando-se a escolha pelo método indutivo monográfico. Inicialmente buscou-se as referências teóricas para a elaboração da dimensão étnica da nova cidadania indígena, prosseguindo-se com a abordagem da instalação de uma nova ordem política, concluindo-se com a análise

de elementos imprescindíveis para a nova cidadania, que se concentra no acesso às suas terras tradicionais e ao exercício da autonomia.

Desse modo, no primeiro capítulo, tem-se como propósito elucidar os referenciais teóricos da nova cidadania, investiga-se na obra de Antonio Carlos Wolkmer, os elementos fundamentais do novo pluralismo jurídico comunitário-participativo, que privilegia a ampla participação dos sujeitos coletivos no espaço público, superando o ineficaz paradigma monista. Garante este novo paradigma, a inclusão dos sistemas jurídicos indígenas, que têm possibilitado a existência das sociedades indígenas há milênios.

Demonstra-se, ainda, a realidade pluriétnica da sociedade brasileira, com a presença de cerca de cento e oitenta povos indígenas — somados aos ciganos, cafuzos, brasileiros, caiçaras, etc. — falando mais de duzentos idiomas e dotados de especificidades socioculturais. Resgata-se o processo histórico desses povos no processo de colonização com a investigação do conceito de Estado, numa perspectiva da construção prático-teórica de um espaço pluricultural.

Soma-se a essas referências teóricas, a localização histórica do conceito de cidadania a partir de T. H. Mashall em sua obra '*Cidadania, Classe Social e Status*', e de elaboração conceitual de etnia, grupos étnicos, povos e nacionalidade, principalmente com as construções de Manuela Carneiro da Cunha e Gilberto López y Rivas. Assim, busca-se elementos históricos dos conceitos e das relações entre as sociedades indígenas e o Estado brasileiro, para a construção da referência teórica fundamentada no 'pluralismo jurídico comunitário-participativo.

No segundo capítulo visualiza-se as novas bases político-jurídicas estabelecidas pelo Estado brasileiro para seu relacionamento com os povos indígenas através do advento da Constituição Federal de 1988, ocorrendo uma significativa alteração na concepção monista das instituições jurídicas brasileiras, passando a reconhecer outros sistemas jurídicos além daquele por ele produzido, como instituições político-jurídicas próprias de cada povo que regulamentam sua vida social, política, religiosa, econômica e cultural.

Investiga-se ainda a legislação indigenista vigente, projetos de lei e de emendas à Constituição em tramitação no Congresso Nacional, destaca-se a sistemática reação antiindígena dos setores conservadores da sociedade brasileira,

vislumbrando o retrocesso da garantia dos direitos constitucionais. Possibilita a visualização da realidade vivenciada pelas populações indígenas no período de 1987 a 1997, caracterizada pela violência, dominação, preconceito e usurpação de suas terras, permanecendo o antigo processo de exclusão do projeto dominante, apesar do avanço na conquista de seus direitos com a Constituição de 1988. Disso resulta o permanente risco da eliminação das heterogeneidades e necessidade da urgente efetivação dos direitos dessa população, com uma nova compreensão e atuação dos operadores do Direito.

No terceiro e último capítulo, mostra-se que, para os povos indígenas, a cidadania se alicerça no direito à terra e à autonomia. É a dimensão étnica da nova cidadania. Caracteriza-se a diferença entre o conceito de terra como meio de produção e como território tribal indígena, sendo este elemento vital, garantidor de sua existência enquanto índio, membro de uma comunidade com valores, tradições e crenças específicas. A possibilidade do exercício da autonomia das comunidades indígenas é essencial nessa relação de respeito às suas instituições político-jurídicas, imprescindível na construção do Estado pluriétnico. Nesta perspectiva a obra de Sílvio Coelho dos Santos é precursora e fundamental nesta análise, notadamente em “Povos Indígenas e a Constituinte” e “Sociedades Indígenas e o Direito : uma questão de direitos humanos”.

A análise da experiência da Comunidade *Kaingang* do Pinhal, no oeste catarinense, é exemplo da possibilidade de pluralidade e da nova cidadania. É a visibilidade da luta da comunidade indígena para resgatar e reafirmar sua participação no espaço do Estado brasileiro, reivindicando seus direitos às suas especificidades étnicas e culturais, contribuindo com elementos para a construção do novo conceito de cidadania.

Dessa maneira, a presente investigação tende a contribuir com a possibilidade de enfocar a cidadania a partir de uma dimensão étnica no processo de construção de um novo paradigma para o Direito, assim como para que ocorra uma nova compreensão dos operadores do Direito no que tange a outros Direitos, além daquele produzido pelo Estado, que regulamentam a vida dos indígenas através de suas instituições que antecedem a criação deste País, conformando uma postura de respeito e proteção a esses povos.

Finalmente, percebe-se que a cidadania indígena apresenta uma série de elementos que a torna diferente daquela exercida pelos demais cidadãos brasileiros, é a sua dimensão étnica que garante novos direitos aos sujeitos coletivos, constituindo contribuição para uma nova referência teórico-político-jurídica.

## 1 A PLURALIDADE ÉTNICO-JURÍDICA

### 1.1 O PLURALISMO JURÍDICO

#### 1.1.1 O monismo jurídico : evolução e crise

Constituindo as relações jurídicas uma das formas fundamentais nas relações sociais, é imprescindível investigar o "(...) fenômeno jurídico que florescerá na moderna cultura européia ocidental, a partir dos séculos XVII e XVIII, corresponderá à visão de mundo predominante no âmbito da formação social burguesa, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista e da centralização política, através da figura de um Estado Nacional soberano."<sup>1</sup>

Com esta nova realidade socioeconômica, constrói-se uma racionalidade filosófica, estruturada em princípios liberais, constituindo-se uma nova concepção para uma nova sociedade e suas possibilidades. Nesse sentido, Antonio C. Wolkmer ressalta que esta nova filosofia, conceituada como liberalismo, "(...) torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc."<sup>2</sup>

Será esta nova visão de mundo, que estabelecerá as bases das relações sociais, resguardada pelo Direito, que possibilitará a efetivação do projeto da modernidade burguês-capitalista e marcará a vida dos povos colonizados.

A elaboração do moderno Direito tem sua origem na ruptura entre a classe burguesa e as estruturas sociopolíticas feudais, organizado na igualdade jurídica, nas liberdades civis e na autonomia de vontade do sujeito de direito. Sedimenta-se pela criação, validade e aplicabilidade pelo próprio Estado.

O modelo jurídico implementado com o processo de ascensão econômico-política da burguesia será fator eficaz para a reestruturação global na organização

---

<sup>1</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico** : Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo : Alfa-Omega, 1994, p. 22.

<sup>2</sup> WOLKMER, op. cit. p. 33.

das sociedades ocidentais. Será imprescindível na sustentação desse novo modo de produção o sistema capitalista. Nessa perspectiva Vera R. P. de Andrade afirma que vincula-se o fenômeno jurídico ao Estado: "(...) enquanto poder soberano detentor da lei e da coerção, identificando-se então com uma teoria estatal do Direito que expressa, historicamente, a tomada de consciência, por parte dos juristas, do complexo fenômeno na formação do Estado moderno, mediante o qual este assume o monopólio da moderação do Direito e do seu asseguramento coativo."<sup>3</sup>

Esta racionalização leva à elaboração da doutrina de monismo jurídico, em que "(...) o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo."<sup>4</sup> Nesse sentido, Luís F. Coelho afirma que estas formulações indicam que "(...) o princípio da estatalidade do Direito desenvolveu-se concomitante com a doutrina política da soberania, elevada esta à condição de característica essencial do Estado. Com efeito, o Estado moderno define-se em função de sua competência de produzir o direito e a ele submeter-se, ao mesmo tempo em que submete as ordens normativas setoriais da vida social."<sup>5</sup>

No processo de legitimar o Direito moderno, o Estado elucida, através do monismo jurídico, a neutralidade da lei e a igualdade de todos perante ela. O próprio Estado que cria e controla o Direito, é regulamentado e controlado por ele. É o Estado legitimado como Estado de Direito. Dessa forma, torna-se o monismo jurídico a principal teoria em que o positivismo se apoia. Antonio C. Wolkmer examina a evolução dessa teoria através de quatro grandes ciclos e explica que a formação do monismo jurídico no primeiro grande ciclo, "(...) está fortemente associada ao declínio do Feudalismo, aos interesses absolutistas da monarquia fortalecida e às novas necessidades de regulamentação centralizadora das práticas mercantis prevalentes."<sup>6</sup>

Destaca o citado autor que Thomas Hobbes é o "principal teórico da formação do monismo jurídico ocidental, ou seja, um dos primeiros a identificar o Direito com o Direito do soberano e, igualmente, o Direito Estatal com o Direito

<sup>3</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e Sistema Penal** : Em busca da segurança jurídica prometida. Tese de Doutorado em Direito da UFSC, 1994, p. 58.

<sup>4</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit., p. 40

<sup>5</sup> COELHO, Luis Fernando. **Teoria crítica do direito**. Curitiba : HDV, 1986, p.258.

<sup>6</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit., p. 45.

Legislativo.”<sup>7</sup>. Dessa forma, é em Hobbes que deve-se buscar o início da redução do Direito a uma elaboração estritamente estatal.

Projeta Antonio Carlos Wolkmer o segundo grande ciclo do monismo jurídico, que se estende desde a Revolução Francesa até as principais codificações do século XIX”. É neste contexto que a teoria do positivismo jurídico supera o jusnaturalismo, através da dogmática jurídica, que explica o Direito através da supremacia da lei escrita produzido pelo Estado — detentor exclusivo da coerção e punição<sup>8</sup>. O Direito elaborado pela Revolução Francesa através da burguesia, buscou atender apenas seus interesses, excluindo de seu alcance grande parte da população.

O terceiro ciclo monístico identifica-se “(...) a uma legalidade dogmática com rígidas pretensões de cientificidade e que alcança seu apogeu dos anos 20/30 aos anos 50/60 deste século.”<sup>9</sup>. É na teoria de Hans Kelsen que organiza-se a construção da ciência do Direito, de uma ciência dogmática normativista, na qual o “Direito é o Estado, e o Estado é o Direito Positivo (...) O Estado legitima seu poder pela eficácia e pela validade oferecida pelo Direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado.”<sup>10</sup>

Com a promessa de segurança e igualdade para todos os cidadãos, a dogmática jurídica, alicerçada no positivismo jurídico, consegue manter-se por mais de três séculos como paradigma jurídico nos ordenamentos dos Estados ocidentais. Construiu esta situação pelo fato de “(...) ter oferecido respostas ‘previsíveis’ e ‘regulares’ para os tipos de conflitos tradicionais, o que permitiu o funcionamento do sistema de forma eficaz: mantinha a ‘certeza’ e a ‘segurança’ das relações porque garantia as expectativas.”<sup>11</sup>.

O monismo jurídico tem seu quarto ciclo a partir dos anos 60 e 70, não mais conseguindo protelar as falsas promessas diante de uma conjuntura sociopolítico-econômica complexa e permeada de contradições, que conduz ao esgotamento de seu paradigma, com a vivência de uma profunda crise. Segundo o referido autor, esse fato ocorreu “(...) por permanecer rigorosamente preso à legalidade formal

<sup>7</sup> WOLKMER, idem p. 44..

<sup>8</sup> WOLKMER, idem p. 46-50.

<sup>9</sup> WOLKMER, idem p. 50.

<sup>10</sup> WOLKMER, idem p. 51.

<sup>11</sup> WOLKMER, idem p. 66.



escrita e ao monopólio da produção normativa estatal, afastando-se das práticas sociais cotidianas, desconsiderando a pluralidade de novos conflitos coletivos de massas, desprezando-se as emergentes manifestações extralegislativas.<sup>12</sup>

Diante da atual crise do monismo jurídico estatal, principalmente em função de seu excessivo formalismo com a ruptura da realidade social, tornou-se impotente diante da complexidade da sociedade, não conseguindo resolver os conflitos oriundos dessa nova realidade. Nesse sentido, considera Antonio C. Wolkmer que "Nada mais natural, diante da crise do monismo jurídico estatal enquanto paradigma hegemônico, que se articule toda uma preocupação epistemológica na busca de um novo referencial para o Direito."<sup>13</sup>

A investigação e análise de elementos para a construção de uma alternativa teórico-prática para substituir o paradigma positivista e superar a crise de ausência de respostas jurídicas adequadas a ampla pluralidade de conflitos e de direitos é o que se propõe. Particularmente, dedicar-se-á ao direito dos povos indígenas e aos parâmetros de sua relação com o Estado brasileiro. Nessa perspectiva, considera o citado autor que o referencial teórico para esta elaboração concentra-se na

"(...) proposta de um novo pluralismo jurídico (designado de comunitário-participativo) configurado num modelo aberto e democrático, privilegiando a participação direta dos sujeitos sociais na regulação das instituições-chave da Sociedade e possibilitando que o processo histórico se encaminhe pela vontade e controle das bases comunitárias (...) e, firmemente, de encarar a instituição da Sociedade como uma estrutura descentralizada e participativa."<sup>14</sup>

### 1.1.2 A elaboração de um novo paradigma jurídico

Na busca de superar a homogeneização dos parâmetros jurídicos imposta pelo Estado-nação centralizador, sustentada pela concepção monista da produção e efetivação do Direito, vários autores, nos últimos anos, têm dedicado-se à construção teórico-prática do Direito elaborado, vivenciado pelos sujeitos coletivos de direito no amplo exercício de sua cidadania. Essas construções têm se agrupado

---

<sup>12</sup> WOLKMER, idem p. 66.

<sup>13</sup> WOLKMER, idem p. 67.

<sup>14</sup> WOLKMER, idem p. 69.

e intitulado-se como 'O direito achado na rua'<sup>15</sup>, o 'Direito insurgente'<sup>16</sup>, o 'Direito consuetudinário'<sup>17</sup>, o 'Direito alternativo'<sup>18</sup> e o 'Pluralismo jurídico.'<sup>19</sup>

A concepção que sustenta essas elaborações é a do respeito à pluralidade de Direitos, que constroem-se a partir das experiências vivenciadas pelos inúmeros grupos sociais que, através de seus movimentos, reivindicam formas próprias de regulamentação que lhes possibilitem diminuir seus conflitos e estabelecer parâmetros para a convivência social. Busca-se na obra de Antonio C. Wolkmer, no que tange ao pluralismo jurídico, o referencial teórico para a construção desse novo paradigma como alternativa ao pouco eficaz monismo jurídico estatal centralizador. Nesse sentido, o referido autor considera que

"(...) repensar a questão do 'pluralismo', nada mais é do que a tentativa de buscar uma outra direção ou um outro referencial epistemológico que atenda à modernidade em fins do século XX, pois os alicerces de fundamentação – tanto a nível das Ciências Humanas quanto da Teoria Geral do Direito – não acompanham as profundas transformações sociais e econômicas por que passam as sociedades políticas pós-industriais e as sociedades de industrialização recente. (...) a formulação do 'pluralismo', como um paradigma alternativo no âmbito da cultura jurídica, pressupõe pensar e adequar a proposta 'prático-teórica' tendo em conta as condições existenciais, materiais e culturais (...). Sendo assim, o pluralismo jurídico deve ser visualizado, tanto como um fenômeno de possibilidades e dimensões de universalidade cultural, quanto um modelo que incorpora condicionantes inter-relacionados (formal e material) adequado às especificidades e às condições históricas de micro e macro sociedades políticas."<sup>20</sup>

O fundamento teórico-prático que Antonio C. Wolkmer formula para esse novo paradigma, é a superação do princípio positivista de que a única fonte legiferante é o Estado, desconsiderando qualquer outra criação normativa que estabeleça uma prática jurídica. O pluralismo jurídico incorpora o direito pelos diferentes sujeitos coletivos, de acordo com os seus interesses e necessidades,

<sup>15</sup> Cf. SOUZA JR., José Geraldo de (Org.). **O Direito achado na rua**. Brasília : UNB, 1987.

<sup>16</sup> Cf. RECH, Daniel et al. **Direito Insurgente: o direito dos oprimidos**. **Seminários**, n. 14. Rio de Janeiro : IAJUP/FASE, set., 1990.

<sup>17</sup> Cf. AGUIRRE, Francisco Ballón, BORRERO, Camilo. **Qual Direito?** **Seminários**, n. 16. Rio de Janeiro : IAJUP/FASE, set., 1991.

<sup>18</sup> Cf. ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Direito alternativo – notas sobre as condições de possibilidades**. In: **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo : Acadêmica, 1991.

<sup>19</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo : ALFA-OMEGA, 1994.

<sup>20</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *op. cit.*, p. 156.

constituindo-se no direito vigente de suas relações sociais diante do Estado. Nesse sentido, afirma Jesus A. de La Torre Rangel que

*"El Derecho es un fenómeno social complejo, que como vimos no se agota en las leyes o normas legales, que es el sentido más usual que se le da a palabra 'Derecho'. El fenómeno jurídico está formado, también, por los Derechos subjetivos o facultades de las personas o grupos sociales; por las ideas, aspiraciones y concretizaciones de justicia; y por el conocimiento sistemático del propio fenómeno jurídico, que constituye el objeto de la ciencia del Derecho."*<sup>21</sup>

Antonio C. Wolkmer explica que, contrariamente ao que concentra o sistema monista homogeneizador, escondendo a heterogeneidade, "Está na raiz da ordem pluralista a fragmentação, a diferença e a diversidade. Trata-se de admitir a 'diversidade' de seres no mundo, realidades díspares, elementos ou fenômenos desiguais e corpos sociais semi-autônomos irredutíveis entre si. O sistema pluralista provoca a difusão, cria uma normalidade estruturada na proliferação das diferenças, dos dissensos e dos confrontos."<sup>22</sup>

Diante disso, o pluralismo incorpora o princípio da tolerância, respeitando-se os "(...) conflitos de interesses e pela diversidade cultural e religiosa de agrupamentos comunitários (...), ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui (...)."<sup>23</sup>

O pluralismo enquanto concepção filosófica compreende e reconhece as diferenças de cada grupo, comunidade, povo, organização, presentes na sociedade. O pluralismo se concebe a partir dos elementos culturais, sociais e políticos. Nessa direção considera o referido autor que

*"(...), pode-se afirmar, com N. Glazer, que o pluralismo 'cultural' implica um 'estado de coisas no qual cada grupo étnico mantém, em grande medida, um estilo próprio de vida, com seus idiomas e seus costumes, além de escolas, organizações e publicações especiais'. O pluralismo, enquanto 'multiplicidade dos possíveis',*

<sup>21</sup> RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. Los pobres y el uso del derecho. In: *Direito Insurgente : o direito dos oprimidos*. Seminários, n. 14. Rio de Janeiro: IAJUP/FASE, 1990 (Trad. livre: O direito é um fenômeno social complexo, que, como vimos não acaba em leis ou normas legais, que é o sentido mais usado que se dá à palavra 'direito'. O fenômeno jurídico está formado, também, pelos direitos subjetivos ou facultades das pessoas ou grupos sociais; pelas idéias, aspirações e concretizações da justiça; e pelo conhecimento sistemático do próprio fenômeno, que constitui o objeto da Ciência do Direito).

<sup>22</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit., p. 162.

<sup>23</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit., p. 162.

provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade de culturas."<sup>24</sup>

Constitui o elemento cultural do pluralismo jurídico a investigação nos próximos itens, com a preocupação de contribuir na elaboração desse novo paradigma com as diferentes formas de organização sociopolítico-econômica presentes na vida das inúmeras etnias. No que tange ao pluralismo sociológico, Antonio C. Wolkmer afirma que este

"(...) se consolida na medida em que socialmente se ampliam os papéis, as classes e as associações profissionais no âmbito da sociedade industrial. Mais precisamente, como escreve Nicola Matteucci, o pluralismo 'sociológico' tem suas origens 'na defesa que Montesquieu faz dos corpos intermediários, como elementos de mediação política entre o indivíduo e o Estado, ou na exaltação feita por Toqueville das associações livres, consideradas como as únicas capazes de tornar o cidadão apto a se defender de uma maioria soberana, onipotente. Já Robert Nisbet vai mais longe ao proclamar que o advento do moderno pluralismo social deve ser encontrado na obra do jurista Johannes Althusius, um crítico contumaz do absolutismo estatal soberano e adepto de um federalismo constituído por grupos reais, famílias, igrejas, comunidades e associações."<sup>25</sup>

Esses elementos, somados ao elemento político, constituem a natureza descentralizadora do pluralismo jurídico. No que tange ao pluralismo político, o mencionado autor considera que enquanto

"(...) diretriz histórico-estratégica ou modo de análise assentado em práticas de direção descentralizadas, realça a existência de um complexo corpo societário formado pela multiplicidade de instâncias sociais organizadas e centros autônomos de poder, que, ainda que antagônicos ou mantendo conflitos entre si, objetivam restringir, controlar ou mesmo erradicar formas de poder unitário e hegemônico, principalmente a modalidade suprema de poder corporificado no Estado."<sup>26</sup>

Dessa forma, esse novo paradigma cultural para o Direito não inviabiliza a existência do Estado, mas sim propõe a recepção estatal do poder de participação com determinante igualdade do consenso do justo comunitário, dos novos direitos de dimensão individual, político e social.

<sup>24</sup> WOLKMER, idem p. 158.

<sup>25</sup> WOLKMER, idem p. 158.

<sup>26</sup> WOLKMER, idem p. 159

O primeiro pressuposto desse novo paradigma, elaborado por Antonio C. Wolkmer, é que constitui-se na resposta à ausência dos direitos dos novos sujeitos coletivos. O pluralismo jurídico é concebido a partir da elaboração de uma nova racionalidade com as reivindicações de atores sociais emergentes. Nessa perspectiva discorre o mencionado autor que

"Neste processo histórico de mudanças nas condições de vida marcado pela insatisfação de necessidades e pela eclosão resultante de conflitos, interpõe-se a reivindicação de "vontades coletivas" em defesa dos direitos adquiridos e pela criação ininterrupta de "novos" direitos. Ora, como assinala Eunice R. Durhan, a passagem do reconhecimento das necessidades humanas para a 'formulação da reivindicação é mediada pela afirmação de um direito". Com efeito, as múltiplas manifestações da cidadania individual e coletiva estão direcionadas, objetivando conquistar e legitimar direitos que a própria comunidade se outorga, independente da produção e distribuição legal, institucionalizada pelos canais oficiais do aparelho estatal."<sup>27</sup>

Essas buscas pressionam a redefinição dos conceitos de direito e cidadania, desencadeando o surgimento de novos direitos que estão em permanente reelaboração. Esse processo realizado pelos novos sujeitos coletivos, leva a efetivação da nova cidadania. Desse modo a construção teórica do novo paradigma jurídico tem a contribuição decisiva do conjunto de ações práticas dos novos sujeitos sociais que, na compreensão de Antonio C. Wolkmer "(...) representam um paradigma alternativo de cultura política na medida em que rompem com as antigas formas de organização e representação da sociedade (classes sociais, partidos políticos e sindicatos)."<sup>28</sup>

Esse processo de elaboração do pluralismo jurídico impõe uma nova postura dos novos sujeitos coletivos diante das experiências vivenciadas em nível social, cultural e étnico. É o caso da cidadania exercida pelos povos indígenas no Brasil, exemplo de um dos mais expressivos novos movimentos sociais (o qual será objeto de análise no terceiro e último capítulo).

O segundo pressuposto do mencionado referencial teórico estrutura-se na 'satisfação das necessidades humanas fundamentais'. Caracteriza-se como segundo elemento da efetivação desse pluralismo. Constituem-se em necessidades de ordem social, material e cultural.

---

<sup>27</sup> WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., p. 81

<sup>28</sup> idem, p.119.

O conjunto de necessidades insatisfeitas em nível pessoal e, principalmente coletivo, gera um processo emancipatório dos novos sujeitos coletivos na busca da satisfação dessas necessidades, exercem sua efetiva participação democrática. Esse pressuposto, segundo Antonio C. Wolkmer ocorre através "(...) de nosso processo histórico-social periférico, marcado por formas de vida inseridas na eclosão de conflitos, contradições e insatisfação de necessidades materiais, que se interpõe a reivindicação de 'vontades coletivas', em defesa dos direitos adquiridos e na afirmação ininterrupta de 'novos' direitos a cada momento."<sup>29</sup>

O terceiro pressuposto do novo pluralismo jurídico fundamenta-se na 'reordenação política do espaço comunitário, descentralizado para possibilitar a plena participação. Impõe-se para sua efetivação a superação da estrutura sociopolítica-econômica das práticas e valores culturais que caracterizam o sistema capitalista e as relações aí engendradas. Desse modo, busca-se um novo espaço público individual e coletivo, que impõe a construção de uma sociedade, conforme o mencionado autor, "(...) pluralista marcada pela convivência dos conflitos e das diferenças, propiciando uma outra legitimidade embasada nas necessidades fundamentais de sujeitos coletivos insurgentes, que, com suas práticas, relações e reivindicações cotidianas, passarão a ser encaradas como fontes de produção jurídica não estatais."<sup>30</sup>

A "ética concreta da alteridade" constitui o quarto pressuposto do novo paradigma político-jurídico. É a elaboração de novos valores éticos, superando o individualismo que gera a desumanização das relações e a ausência de possibilidades de participação no espaço público. Essa busca de novos valores para o estabelecimento de novos padrões nas relações sociopolíticas é um propósito que torna-se necessário avançar na construção, segundo Antonio C. Wolkmer,

"(...) de uma 'ética concreta da alteridade' capaz de romper com todos os formalismos técnicos e os abstracionismos metafísicos, revelando-se a expressão autêntica dos valores culturais e das condições histórico-materiais do povo sofrido e injustiçado de periferia latino-americana e brasileira. (...) traduz concepções valorativas que emergem das próprias lutas, conflitos e interesses e necessidades de sujeitos individuais e coletivos insurgentes em permanente afirmação."<sup>31</sup>

<sup>29</sup> WOLKMER, idem, p.222.

<sup>30</sup> idem, p.233.

<sup>31</sup> idem, p.240.

Complementa-se a fundamentação do referencial prático-teórico para um novo Direito com a proposição de uma 'racionalidade emancipadora', que possibilite a expressão cultural, gerando liberdade e emancipação, cuja razão seja fruto das relações estabelecidas na realidade concreta. Afirma o referido autor que "Somente em cima da idéia de uma racionalidade proveniente da vida concreta é que se há de evoluir para a percepção de uma razão vital liberta de uma razão emancipatória."<sup>32</sup>

Os elementos analisados (natureza descentralizadora — elementos culturais, políticos e sociológicos —, novos sujeitos, satisfação das necessidades humanas fundamentais, espaço público descentralizado, ética da alteridade, racionalidade emancipadora) levam a formação de um 'pluralismo jurídico comunitário', que, livre da vontade e controle do Estado, é vivenciado pelos sujeitos coletivos de direito, como resposta às suas necessidades cotidianas, dotado de plena autonomia. Afirma Antonio C. Wolkmer que

"Trata-se do pluralismo de formulações jurídicas provenientes diretamente da comunidade, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa, adquirindo um caráter múltiplo, informal e mutável, (...) propõe-se, assim, não mais um direito desatualizado, estático, ritualizado e eqüidistante das aspirações da coletividade, mas 'direitos' vivos referentes à subsistência, à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho, à segurança à dignidade humana, etc."<sup>33</sup>

Dessa maneira pode-se afirmar que a imperiosidade de superar o monismo jurídico estatal encontra no pluralismo jurídico comunitário-participativo a elaboração teórico-prática adequada às novas necessidades sociais, constituindo-se em um novo paradigma político-jurídico, pois legitima-se nas práticas dos novos sujeitos coletivos, que efetivando sua participação, constituem a nova cidadania coletiva.

### 1.1.3 Sistemas jurídicos indígenas

Não obstante a importância constatada no Direito produzido e vivenciado pelos trabalhadores rurais 'sem-terra', dos trabalhadores urbanos 'sem-teto', dos remanescentes dos quilombos e das favelas, além de outros, a experiência jurídica

<sup>32</sup> WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., p.251.

<sup>33</sup> idem, p. 142,143.

indígena é referencial de análise da existência de outros sistemas jurídicos que contrapõe-se e, ao mesmo tempo, soma-se ao direito estatal. Ao manterem suas próprias instituições sociopolítico-jurídicas, os povos indígenas fornecem o maior exemplo de resistência ao monismo jurídico imposto pelos revolucionários burgueses à humanidade nos últimos cinco séculos. Entretanto, a indagação a respeito da existência de Direito indígena é uma constante.

Para tal análise parte-se da superação dos critérios rigorosamente formais estabelecidos para a existência de um sistema jurídico, previstos nas teorias de Herbert L. A. Hart e Ronald M. Dworkin, por exemplo. Nesse sentido, Francisco B. Aguirre expõe a questão das regras primárias e secundárias, elaboradas por Herbert L. A. Hart:

"(...) o sistema jurídico é gerado quando ocorre a combinação de dois tipos de regras, as primárias e as secundárias. As primárias encontram-se em toda sociedade, demarcam uma estabilidade mínima. As secundárias são mais complexas, incluem regras de reconhecimento (nos permitem saber quando estamos diante de uma norma jurídica), de mudança (estabelecem um mecanismo de modificação das pautas regulamentadas), de ajuizamento (permitem que uma autoridade defina se houve transgressão de uma norma de direito). Todo o sistema jurídico não se esgota nestes dois tipos de regras, que, no entanto, definem a essência do sistema.<sup>34</sup>

A integração das regras primárias com as regras secundárias é de fundamental importância para a conformação do sistema. Nessa perspectiva, Herbert L. A. Hart, citado por Francisco B. Aguirre, afirma que "(...) a introdução, na sociedade, de regras que habilitam os legisladores a reformar e criar regras de dever, e os juizes a determinar quando estas últimas foram transgredidas, é um avanço tão importante para a sociedade como a invenção da roda. Não foi apenas um passo importante, mas [ ... ] pode ser considerado como o passo que conduz do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico."<sup>35</sup>

Dessa forma, para Herbert L. A. Hart, a existência de um sistema jurídico dá-se somente a partir das normas, em seu nível primário e secundário. O sistema jurídico, para Ronald M. Dworkin, citado por Francisco B. Aguirre, se organiza através de princípios, independentemente das normas primárias e secundárias.

<sup>34</sup> AGUIRRE, Francisco Ballón. Sistema Jurídico Aguaruna e Positivismo. In: *Qual direito*. Rio de Janeiro : AJUP/FASE, 1991, p. 16.

<sup>35</sup> idem, p. 16.



'Princípio', para esse autor, se denomina "(...) uma norma que é mister observar, não porque torne possível ou assegure uma situação econômica, política ou social julgada conveniente, mas por ser um imperativo de justiça, de honestidade ou de alguma outra dimensão moral." <sup>36</sup>

Estabelece-se a dificuldade em identificar a presença desses princípios em todo sistema, se seriam as mesmas em todos os casos e, principalmente, se constituem requisitos para a existência de um sistema jurídico. Nessa perspectiva, Francisco B. Aguirre teme que

"(...) em ambos os casos (Hart e Dworkin), nos mantenhemos demasiadamente sujeitos a um caráter extremadamente formalista do direito. Sejam princípios, normas ou simplesmente princípios normativos, a função política dos sistemas jurídicos permanece oculta. Efetivamente, vale a pena ponderar o âmbito desta idéia política dos sistemas jurídicos, de modo que não percamos, em prol de uma visão extremadamente geral, a necessária especificidade do jurídico." <sup>37</sup>

A construção teórico-prática do conceito de sistema jurídico de Joseph Raz, citado por Francisco B. Aguirre, fornece os fundamentos para a sustentação da existência de sistemas jurídicos nas organizações sociopolíticas dos povos indígenas. Nesse sentido, o referido autor considera que "(...) o direito é um sistema de razões reconhecidas e aplicadas por instituições jurídicas aplicadoras, com autoridade. A estas condições tem que ser agregada outra: as razões jurídicas são tais que sua existência e conteúdo podem ser estabelecidos unicamente com base nos fatos sociais, sem recorrer a argumentos morais." <sup>38</sup>

Essas instituições jurídicas podem ser "(...) a idéia da justiça Aguaruna atuando como um tribunal" <sup>39</sup>, ou o Conselho de Anciãos e Lideranças de Comunidade Kaingang Voutoro, no Estado do Rio Grande do Sul. Não são apenas as formas necessárias determinantes para o equilíbrio de convivência social, mas a comunidade considerada em sua totalidade. Nessa direção Joseph Raz, citado por Francisco B. Aguirre, considera que

<sup>36</sup> AGUIRRE, idem, p. 20.

<sup>37</sup> AGUIRRE, idem, p. 20.

<sup>38</sup> AGUIRRE, idem, p. 32.

<sup>39</sup> AGUIRRE, idem, p. 32.

"Os sistemas jurídicos não são organizações sociais 'autárquicas'; são um aspecto ou uma dimensão de algum sistema político. Este fato corresponde à delimitação temporal dos sistemas jurídicos contínuos [...]. Os critérios jurídicos autônomos são aquele que derivam do conteúdo das disposições jurídicas, de suas inter-relações e de sua eficácia. Confiar neles pressupõe que, não apenas o funcionamento interno, mas também os limites precisos do direito possam ser fixados apenas sobre a base de considerações especificamente jurídicas. No entanto, o direito é um aspecto do sistema político, seja um estado, uma igreja, uma tribo nômade ou qualquer outro; tanto sua existência como sua identidade encontram-se vinculadas com a existência ou identidade do sistema político do qual é parte." <sup>40</sup>

Dessa forma, a concepção do referido autor, além de configurar uma resposta às relações conflituosas e dinâmicas de qualquer sociedade ou grupo étnico, contribui para "(...) orientar a análise em função dos critérios políticos e sociais que tornam coerente qualquer sistema normativo"<sup>41</sup>, e sustentar-se que, se os povos indígenas constituem sociedades estruturadas há séculos antes da conformação dos Estados americanos até os dias atuais, tal fato dá-se em função de, seguramente, possuírem sistemas jurídicos próprios que lhes possibilitam existir imemorialmente. Essa elaboração teórica supera as concepções rígidas e formais de Herbert L. A. Hart e Ronald M. Dworkin, dentre outros expoentes, que representam a construção da 'superior' racionalidade ocidental, na qual a função sociopolítica dos sistemas jurídicos permanece oculta.

Diante da pretensão da racionalidade legal positivista ter formulado o referencial teórico-jurídico para o ocidente, constata-se a premissa que os povos indígenas possuem em suas instituições sociopolíticas sistemas jurídicos que atendem suas expectativas de solução dos conflitos, de organização e convívio social há milênios. Seja em função da dinâmica interna de determinada comunidade indígena ou pelo crescente grau de variações nas relações estabelecidas com a sociedade não-índia e com o Estado, "(...) essa dimensão política dinamiza os elementos de toda cultura na medida em que suprime ou admite elementos em sua composição".<sup>42</sup> Nesse sentido, Camilo Barrero, ao discorrer sobre o 'direito consuetudinário' e o 'direito insurgente' dos povos indígenas, ressalta que o direito indígena é

<sup>40</sup> AGUIRRE, Francisco Ballón, op. cit., p. 32.

<sup>41</sup> AGUIRRE, idem, p. 32.

<sup>42</sup> AGUIRRE, idem, p. 33.

"(...) algo vivo, atuante, e em contínua formação. Sob esse ponto de vista, não se trata de resgatar tradições legais imutáveis, mas sim de verificar usos e tradições que têm sentido na vida quotidiana presente. Tal ponto de partida determina necessariamente outros de igual teor: não se trata de uma viagem ao passado nem de uma ponderação hierárquica sobre a tradição. Tanto o passado como a tradição têm sentido, se são capazes de interagir e criar no mundo do presente. (...) a luta pela diferença e pela diversidade; (...) corresponda efetivamente aos padrões de vida cultural atual desejados pelas coletividades, respeitando e integrando a tradição aos desafios colocados pela transformação do meio social e técnico."<sup>43</sup>

Desse modo, considera-se que o Direito válido e eficaz não é somente aquele produzido pelo Estado. O Direito indígena deve ser reconhecido pelo ordenamento jurídico-estatal (e não integrá-lo), pois aquele está presente nas organizações sociopolíticas das comunidades indígenas, como regulação viva e atuante em suas relações cotidianas. Um novo Direito significa estar efetivamente relacionado com um projeto de ampla conformação social.

## 1.2 O PLURALISMO ÉTNICO CULTURAL

A pluralidade étnico-cultural, somada à pluralidade socioeconômica, constitui a justificativa da construção teórico-prática do pluralismo jurídico. É também elemento imprescindível nas novas possibilidades da cidadania, questionando os pressupostos da tradicional cidadania liberal.

Constituindo-se a dimensão étnico-cultural fundamental para a elaboração do novo conceito de cidadania e esta, através do exercício dos novos sujeitos sociais, pressuposto do pluralismo jurídico comunitário-participativo, analisar-se-á a evolução histórica desse conceito.

Para a compreensão da evolução histórica da cidadania adotar-se-á a divisão de Fábio K. Comparato em "(...) três grandes etapas em que se desenvolveu a cidadania, numa espécie de evolução dialética: a fase exclusivamente política das origens, a da reação individualista – a partir da revolução inglesa e do estalar da

<sup>43</sup> BORRERO, Camilo. A pluralidade como direito. In: *Qual direito*. Rio de Janeiro : AJUP/FASE, 1991, p. 51,52,53.

'crise da consciência européia', segundo a feliz expressão de Paul Hazard – e a fase atual, onde já desponta o mundo futuro."<sup>44</sup>

### 1.2.1 A cidadania na civilização Greco-Romana

Apesar de contextualizar-se a história da cidadania, inicialmente a partir da clássica abordagem de Marshall, é relevante abordar-se a cidadania na Antigüidade, pois ali está a origem do exercício e do conceito – na etimologia –. "*Pólitēs*, que os romanos traduziram por *cives*, é o sócio da *polis* ou *civitas*. Cidadãos são apenas os homens que participam do funcionamento da cidade-Estado, os titulares de direitos políticos, portanto. Essa participação se fazia de forma direta, sem a mediação de representantes".<sup>45</sup>

Os gregos já praticavam a cidadania na "votação das leis e no exercício das funções públicas, especialmente a judiciária"<sup>46</sup>, assim também ao instituir as municipalidades e as assembléias populares. "(...) a prerrogativa essencial do cidadão foi a isegoria, ou seja, a igual liberdade de palavra nas assembléias do povo, muito mais do que a isonomia ou submissão às mesmas leis".<sup>47</sup>

Estavam excluídos da possibilidade do exercício dessa cidadania, em Atenas, por exemplo, os escravos, as mulheres, os estrangeiros (*metecos*), os artesãos e os comerciantes<sup>48</sup>.

Entre os romanos também ocorreu uma intensa participação do povo nas atividades políticas, mesmo em menor grau que em relação aos gregos.

"No campo legislativo, as *leges rogatae*, votadas pelo povo reunido em comícios (um para cada *cúria*) por proposta de um magistrado, (...). Em 286 a. C., a *lex Hortensia* estendeu a força vinculante dos plebiscitos também aos patrícios. No campo jurídico, igualmente durante toda a república, os juizes eram qualquer do povo e o instituto da *provocatio ad populum* permitia ao condenado a penas graves recorrer diretamente ao julgamento popular".<sup>49</sup>

<sup>44</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. In: Textos da 14ª conferência da OAB. Vitória, 20-24 de setembro de 1998. p. 23.

<sup>45</sup> Idem, p. 23.

<sup>46</sup> Idem, p. 23.

<sup>47</sup> Idem, p. 23.

<sup>48</sup> Idem, p. 23.

<sup>49</sup> Idem, p. 23.

Havia no mundo greco-romano um contraste entre a liberdade de participação na esfera política e a inexistência de uma vida privada. “Muitas cidades gregas proibiam o celibato, outras, o trabalho manual ou, contraditoriamente, a ociosidade. Até a moda era objeto de regulação pública: a legislação espartana determinava o penteado das mulheres e a de Atenas proibia que elas levassem em viagem mais que três vestidos. Em Rodes, a lei impedia os homens de se barbearem e em Esparta eles eram obrigados a raspar o bigode.”<sup>50</sup>

Destaca-se que apesar das contrates e das exclusões, pretendia-se uma participação geral, fundada no coletivo, sem privilegiar um grupo, mas sim decisões abrangentes.

### 1.2.2 A cidadania individualista do Estado liberal

Antes da investigação do clássico trabalho de Marshall – no qual está concebida a cidadania individualista do Estado liberal – é relevante destacar a experiência das cidades-Estados na Itália, durante a Idade Média e a contribuição do cristianismo para a cidadania.

Consoante, discorre Fábio K. Comparato<sup>51</sup>, após séculos de ausência da cidadania, ocorre, a partir do século XI, em algumas cidades-Estados italianas, as experiências de participação política e direitos civis, ainda que restrito à minoria burguesia, estando excluído o restante da população. Esta pequena autonomia foi suprimida pelo regime absolutista.

O cristianismo possibilitou uma nova compreensão da cidadania, pela sua abertura a participação de todas as pessoas: judeus, gregos, gentios, homens, mulheres, livres e escravos.

Apesar de igreja católica ter limitado a cidadania ao fato de ser cristão e submeter ao seu poder todo exercício da cidadania política, é possível afirmar que o cristianismo trouxe contribuições para a ampliação da cidadania. Essa antiga idéia cristã que gerou a “(...) crise da consciência européia, despontou antes de tudo o

---

<sup>50</sup> COMPARATO, 24.

<sup>51</sup> Idem p. 24.

indivíduo, titular de direitos próprios e não derivados do grupo social a que pertence.”<sup>52</sup>

Com a efetivação da modernidade, que vinha se afirmando desde os séculos XVI e XVII, supera-se a cidadania cristã, fundamentando-a, agora, nos direitos naturais e universais. Nesse sentido, Comparato comenta que:

“Os revolucionários ingleses e franceses, ao mesmo tempo em que procuraram restabelecer a cidadania política abolida pelo absolutismo monárquico, reconheceram em todo indivíduo, de qualquer sexo ou condições social, a titularidade de direitos naturais, que o Estado deve respeitar, em todo tempo e lugar. A afirmação da naturalidade dos direitos humanos implica, correlatamente, a de sua universalidade.”<sup>53</sup>

A Declaração dos Direitos de 1789, junto da Revolução Francesa, formula os fundamentos de uma nova cidadania, que garante os direitos do homem e do cidadão e, “comporta, pois, duas dimensões: uma universal e outra nacional. Todo homem é, doravante, protegido em seus direitos naturais, independentemente de sua nacionalidade; mas somente os nacionais são titulares de direitos políticos”.<sup>54</sup>

Este fato, referência histórico-social para a compreensão da evolução da cidadania, é considerado por Lígia M. C. C. Coelho, componente das figuras “cadaverizadas” que impeliram os burgueses à Revolução Francesa. Sendo o princípio da “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” a santíssima Trindade constitutiva da cidadania à época... seriam princípio constituidor e conceito constituído de dimensões plenamente alcançáveis por todos/para todos? No papel, enquanto Declaração do Homem e do Cidadão – 1789 – a lei revertia, aparentemente, para Todos”.<sup>55</sup> Desse modo a burguesia francesa “canaliza” para si as conquistas da Revolução Francesa, excluindo desse processo, grande parte de população, que participou da revolução e tinha grande expectativa de beneficiar-se com os avanços conseguidos.

Investiga-se a obra ‘Cidadania, Classe Social e *Status*’, de T. H. Marshall, por ser um texto considerado clássico, ser amplamente utilizado para contextualizar

<sup>52</sup> COMPARATO, p. 24.

<sup>53</sup> Idem, p. 24.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>55</sup> COELHO, Lígia Martha C. da Costa. Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica. In: Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro. nº 100, Jan. Mar/1990 p. 10.

a história da cidadania e constituir a referência teórica do Estado liberal na sua concepção de cidadania.

A primeira questão a ressaltar refere-se aos direitos, elucidados na referida obra de Marshall, como elementos da cidadania. Os direitos necessários a liberdade individual – ir e vir, pensamento, propriedade, etc. – constituiriam a cidadania civil. O direito de participar do poder político ensejaria a cidadania política. O direito a ter um mínimo de bem estar econômico e a segurança ao direito de participar da herança social caracterizaria a cidadania social. Marshall determina o período de formação de cada elemento da cidadania, tendo em vista o período de distanciamento entre eles. Escreve o citado autor:

“(...) quando os três elementos da cidadania se distanciaram uns dos outros, logo passaram a parecer estranhos entre si. O divórcio entre eles era tão completo que é possível (...) atribuir o período de formação da vida de cada um a um século diferente – os direitos civis ao século XVIII, os políticos ao XIX e os sociais ao XX. Estes períodos, é evidente, devem ser tratados com uma elasticidade razoável, e há algum entrelaçamento, especialmente entre os dois últimos.”<sup>56</sup>

Marshall estabelece um tranqüilo processo na aquisição desses direitos e uma forte relação entre cidadania e a garantia dos direitos sociais através do Estado.

Esta paulatina evolução das etapas dos direitos que conduzem à cidadania provoca alguns questionamentos. Nesta perspectiva indaga Lígia M. C. C. Coelho:

“(....) Ora, perguntamo-nas, apesar da “elasticidade razoável” atribuída a essa evolução, devemos aceitar visão tão determinista de um fato? Será a sociedade um tão “perfeito” desdobrar de atos “positivos” encaminhando-se para um final feliz? (...) por que razão o autor considerou a evolução desses direitos específicos, não ampliando o raio de ação, por exemplo, a direitos culturais (...) para uma sociedade específica, que não a inglesa – modelo do autor – talvez os direitos culturais sejam tão importantes quanto os sociais, a ponto de necessitar de uma conquista desse quilate, separada, exclusiva”.<sup>57</sup>

O direito dos povos indígenas de terem uma cultura específica, que é o fundamento de sua organização sócio-política, é o exemplo dessa importante dimensão de cidadania, excluída da análise de Marshall.

<sup>56</sup> MARSHALL, T.H. *Cidadania, Classe Social e Status*. RJ : Zahar, 1967, p. 66.

<sup>57</sup> COELHO, Lígia Martha C. da Costa, op. cit., p. 12.

Continua Lígia M. C. C. Coelho suas indagações no tocante a referida obra de Marshall. Elucida o fato do cidadão assegurar seus direitos e não necessitar preocupar-se com seus deveres em relação ao outro cidadão.<sup>58</sup>

Conclui a citada autora, que isto significa que a cidadania estaria restrita aos direitos concedidos pelo Estado. "No entanto, não concordamos com essa única visão. Antes de tudo, direito concedido não é direito: é servidão. Nesse sentido o alcance da cidadania encontrar-se-ia diametralmente oposto a qualquer concessão."<sup>59</sup>

Na mesma direção discorre Maria V. M. Benevides:

"(...). Nessa evolução – um avanço evidente no cenário do liberalismo – manifesta-se também a contradição entre teoria e prática, na medida em que direitos passam a ser entendidos como concessões. Isto é, direitos são concedidos não como prestações legítimas para cidadãos livres e iguais perante a lei, mas como benesses para protegidos, tutelados, clientelas. Deixam de ser direitos para serem alternativas aos direitos."<sup>60</sup>

Ressalta Lígia M. C. C. Coelho que "Direito é o que se conquista, portanto, presume-se a existência de deveres, na medida em que estes não emergem somente de um Estado ou de um exercício legal constituído/instituído".<sup>61</sup> Direitos e deveres não são restritos a alguns, mas sim "exercício da possibilidade" de todos, como dimensão maior da cidadania.

Outro ponto a destacar é a visão linear da sociedade de Marshall. A construção de cidadania dá-se de forma harmoniosa, sem qualquer conflito. O Estado percebe a necessidade do cidadão e concede a ele possibilidades para o exercício de determinado direito. Nesse sentido o referido autor afirma:

"Tornou-se cada vez mais notório, com o passar do século XIX que a democracia política necessitava de um eleitorado educado e que a produção científica necessitava de técnicas e trabalhadores qualificados. O dever de auto-aperfeiçoamento e de autocivilização é, portanto, um dever social e não somente individual porque o bom funcionamento de uma sociedade depende da educação de seus membros."<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Cf. COELHO, Lígia Martha C. da Costa, op. cit., p. 14.

<sup>59</sup> COELHO, idem, p.14.

<sup>60</sup> BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. In: Lua Nova, nº 33, 1994, p. 7.

<sup>61</sup> COELHO, idem, p.14.

<sup>62</sup> MARSHALL, T. H. op. cit., p.74.



Marshall sedimenta seu entendimento do Estado perceber o direito dos cidadãos e conceder-lhe este direito. É o direito individual e o dever público, tendo o Estado eixo central nesta relação.

Nesse sentido, volta a questionar a compreensão de Marshall no tocante a cidadania, Lígia M. C. C. Coelho, com as seguintes indagações: "(...) Entretanto, como se dará essa concessão de educação já planejada para criar um eleitorado "educado", de técnicos/trabalhadores qualificados? Em que objetivos se baseará tal educação? A quem (ou a que) servirá?"<sup>63</sup>

Preocupa-se a referida autora com a ausência de um elemento imprescindível à cidadania: a participação efetiva dos cidadãos na construção dos seus direitos – abordar-se-á este elemento no próximo item.

Ressalta-se outro ponto-chave da obra de Marshall, no qual evidencia-se os propósitos ideológicos do autor, na estreita relação entre a sua construção do conceito de cidadania e o Estado liberal. Disserta o referido autor na sua mencionada obra: "Mas devo retornar a meu apanhado dos serviços sociais. O princípio mais comum em uso não é, evidentemente, o preço progressivo mas o mínimo garantido. O Estado garante um mínimo de certos bens e serviços essenciais (...) Qualquer pessoa capaz de ultrapassar o mínimo garantido por suas qualidades próprias está livre para fazê-lo".<sup>64</sup>

Marshall reforça sua serena compreensão da relação Estado e cidadão. Aquele tudo concede para que este, com boa vontade – aproveitando suas qualidades inatas – aproveite a oportunidade de um direito assegurado.

Alerta Lígia M. C. C. Coelho que a realidade dos cidadãos e sua relação com a sociedade é mais complexa. "Esta típica fórmula liberal apenas mascara a realidade, pois já se tornou lugar comum a evidência de que os mais capazes serão quase sempre aqueles que melhores condições sociais alcançaram, a não ser algum caso isolado, incompatível com uma visão acercada do conjunto".<sup>65</sup>

Conclui-se que a cidadania na concepção do Estado liberal, está longe de atender as expectativas da população como um todo, no resguardo das possibilidades do exercício de seus amplos direitos, pois: "concessões, como

<sup>63</sup> COELHO, Lígia M.C.C., op. cit., p.18.

<sup>64</sup> MARSHALL, T. H. op. cit., p.93.

<sup>65</sup> COELHO, Lígia M.C. da Costa, op. cit., p.19.

alternativas a direitos, configuram a cidadania passiva excludente, predominantes nas sociedades autoritárias<sup>66</sup>; "(...) no terreno político, os cidadãos do Estado liberal são condenados à passividade, não podendo intervir, de modo direito e oficial, no funcionamento das instituições públicas."<sup>67</sup>; "(...) só uma visão liberal, caminhando para uma versão capitalista de desenvolvimento social, presa a princípios onde prevalecem o individualismo e a livre iniciativa é capaz de construir, para uma palavra como cidadania, um conjunto tão bem elaborado de direitos sem atentar para deveres, privilegiando o consumo advindo de uma relação onde o Estado mínimo não é posto à prova para toda a sociedade"<sup>68</sup>

Uma outra dimensão fundamental na constituição da cidadania, que está ausente na obra de Marshall, é a consideração dos conflitos sociais. É o processo conflitivo coletivo que determina a cidadania. É a transformação dos conflitos sociais em problemas coletivos que irá determinar o desencadeamento do processo de exercício da cidadania para a busca de uma solução.

### 1.2.3 A nova cidadania

Na investigação das concepções que formam o conjunto de elementos da nova cidadania,

"(...) não se trata de discutir a cidadania através de um tratamento individualizado, dentro da ótica burguesa como pregava Marshall (...) supõe alterar sensivelmente o conceito de Marshall e da sociedade anglo-saxônica. (...), a discussão da cidadania passa pela incorporação das necessidades das demandas das minorias, das demandas daqueles que estão excluídos. Isso exige a reconstrução do direito como direito de todos, da maioria e da minoria".<sup>69</sup>

A construção de novas concepções que compõem a nova cidadania é junto das lutas sociais articuladas por movimentos sociais, que reivindicaram direitos e espaços de participação social. "Esses movimentos populares possuem a capacidade de constituir novos direitos uma vez que vivenciam novos processos

<sup>66</sup> BENEVIDES, Maria V. de Mesquita, op. cit., p.7.

<sup>67</sup> COMPARATO, Fábio K. op. cit., p.26.

<sup>68</sup> COELHO, idem, p.20.

<sup>69</sup> SPOSATI, Aldaíza. Cidadania e pobreza: desafios atuais. In: Vida Pastoral. set-out/1994, n 178, p. 3 e 6.

sociais. (...) É o que chamamos de emergência dos sujeitos coletivos – trabalhadores, sujeitos autônomos com práticas que passam por formas de solidariedade e sociabilidade fundadas na vida cotidiana”, mas não reduzida às determinações estruturais ou às tendências do modo de produção capitalista. “Novos movimentos sociais são reconhecidos pelas suas diferenças e é o espaço da diversidade – o espaço social – que lhes permite construir sua identidade e identificar uma pauta de reivindicações, ou seja, de construção de novos direitos”.<sup>70</sup>

É a cidadania de concepção coletiva, não apenas individual e restrita aos aspectos jurídico-formais. O que possibilita discorrer sobre cidadania coletiva, não apenas em oposição à individual, é em função de se definir a partir de coletividades históricas atuais, na sua relação com a sociedade e com o Estado. Maria E. Paoli,<sup>71</sup> analisa a cidadania coletiva quando escreve sobre os novos campos de referência da cidadania.

Nesse sentido enfatiza Aldaíza Sposati: “Os movimentos sociais ensinam a lição de transformação do individual em coletivo. É a partir desse coletivo que se constroem as condições para se sair da discussão da necessidade privada ou particular para a condição de uma necessidade pública e coletiva, inscrevendo a atenção a essas necessidades como exigência da ação estatal.”<sup>72</sup>

Esses movimentos sociais, constituídos pelos sujeitos de direito, traduzem uma coletividade com uma nova linguagem, criada a partir dos conflitos sociais, que possibilitam a superação dos mecanismos de exclusão e das regras antidemocráticas de tratamento da questão social, sedimentadas na submissão e concessão. Passam a vivenciar a construção de se reconhecer como detentores de direitos, de uma identidade através de seus interesses e necessidades e a valorização de sua dignidade. Constituem-se novos interlocutores sociais: dos sem terra, dos sem teto, dos favelados, dos indígenas, dos negros, das mulheres, dos meninos/meninas de rua, dos homossexuais, dos Direitos Humanos, da ecologia, etc.

<sup>70</sup> GOIÁS, Jussarade. Os dilemas da construção da cidadania no Brasil. Subsídio INESC, 1996, p. 3.

<sup>71</sup> PAOLI, Maria Célia. Trabalhadores e Cidadania. In: Estudos Avançados, n. 3, julho/1998, p. 42-43.

<sup>72</sup> SPOSATI, Aldaíza. op. cit., p.6.

O cidadão coletivo, enquanto emancipador, apresenta como condição inerente no exercício de sua cidadania, a efetiva participação nas relações sociais e no espaço público. Para Fábio K. Comparato a participação é o eixo central da nova cidadania, e ela deve concretizar-se em cinco níveis:

- "a) na distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna;
- b) na proteção dos interesses difusos ou transindividuais;
- c) no controle do poder político;
- d) na administração da coisa pública;
- e) na proteção dos interesses transnacionais."<sup>73</sup>

É a questão central da nova cidadania, a transição da dimensão particular para a coletiva, num processo de construção da esfera pública, através da efetiva participação dos sujeitos coletivos de direitos.

Essa participação encontra significativo sentido nas definições de Pedro Demo:

"Dizemos que participação é conquista para significar que é um processo, no sentido legítimo do termo: infindável, em constante vir-a-ser, sempre se fazendo (...). Participação é exercício democrático. Através dela aprendemos a eleger, a deselegar, a estabelecer rodízio no poder, a exigir prestação de contas, a desburocratizar, a forçar os mandantes a servirem a comunidade, e assim por diante."<sup>74</sup>

A nova cidadania impõe a busca coletiva dos direitos e deveres na sociedade e no Estado. É, na definição de Maria V. M. Bernardes, a "(...) cidadania ativa, aquela que institui o cidadão como portador de direitos e deveres, mas essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política."<sup>75</sup>

Considerando que "(...) a idéia-mestra da nova cidadania é a participação direta da pessoa humana e do povo no processo histórico de seu desenvolvimento e promoção social",<sup>76</sup> "(...) o que importa, essencialmente, é que se possa garantir ao povo a informação e a consolidação institucional de canais abertos para a

<sup>73</sup> COMPARATO, Fábio K., op. cit., p. 26.

<sup>74</sup> DEMO, Pedro. Participação é conquista. São Paulo : Cortez, 1988. p. 18 e 71.

<sup>75</sup> BENEVIDES, Maria Victoria de M. op. cit., p. 9.

<sup>76</sup> COMPARATO, Fábio K., op. cit., p. 31.

participação – com pluralismo e liberdade.”<sup>77</sup>. Dessa forma, a possibilidade de redefinição de novos direitos e deveres pelos novos sujeitos coletivos, sedimenta a construção da teoria e práxis da nova cidadania.

#### 1.2.4 O Estado brasileiro e sua composição étnica

Inicialmente investigar-se-á o conceito de Estado. No início da organização do Estado brasileiro, ocorria na Europa a efetivação da concepção do Estado moderno. Segundo José Maria Gomes, o

“Estado moderno, ao contrário do que pensam tradicionalmente os juristas, não deriva de nenhum tipo de Estado precedente, nem é uma fórmula universal de organização do poder político. Seu processo de edificação foi longo e acidentado: aparecimento precoce de alguns elementos fundamentais na Europa ocidental, sobretudo na Inglaterra e na França entre os séculos XI e XIII, retrocesso crítico nos séculos XIV e XV, novo avanço nos séculos XVI, XVII e XVIII, para se tornar finalmente, no século XIX, uma realidade político-institucional defendida quase universalmente”.<sup>78</sup>

Constituindo, assim, o Brasil uma colônia de Portugal – a metrópole –, implementou-se nestas terras esta nova compreensão teórica do Estado.

O Estado moderno apresenta-se como Estado-nação, de formulação dos publicistas franceses. Efetiva-se

“(...) com esse Estado-nação a centralização, que esteia ou caracteriza o Estado unitário, entra a ser apenas uma relação de equilíbrio, um sistema de acomodação social, um princípio móvel, nacionalmente mantido, por considerações menos de autoridade que de conveniência ou utilidade. (...) Tiveram sua formação na máxima parte resultante, segundo Ranelletti, do consórcio político de vários Estados, cuja primitiva autonomia se perdeu em decorrência da exacerbação política do sentimento nacional unificador de distintos povos”.<sup>79</sup>

Soma-se a isso a parte de autonomia de milhares de povos indígenas, que já detinham uma eficaz estrutura sociopolítica. Nesse sentido escreve Eunice Durham: “Os Estados modernos se constituíram todos sobre uma diversidade étnica preexistente, num processo de unificação territorial marcado pela violência. A

<sup>77</sup> BENEVIDES, Mário V. de Mesquita. op. cit., p. 10.

<sup>78</sup> GOMES, José Maria. Elementos para uma crítica à concepção jurídicista do Estado. In: Sequência, 2 sem 1980, p. 121.

<sup>79</sup> BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. Rio de Janeiro : Forense, 1983, p. 166.

comunidade nacional já criada posteriormente pela opressão: a cultura comum foi imposta pela repressão às manifestações étnicas minoritárias e a tradição coletiva foi gerada na história da dominação de um povo sobre outro.”<sup>80</sup>

Com a estruturação do novo modo de produção nos séculos XV e XVI o Estado torna-se essencialmente capitalista, um elemento político de dominação nas sociedades delimitadas territorialmente. Aliado intrinsecamente ao Direito, legitima-se como detentor do monopólio da violência neste território. Na mesma direção escreve Sílvia Coelho dos Santos:

O Estado-nação que conhecemos, desenvolveu-se com base na dominação e na violência. Isso não é peculiar ao Brasil. Os Estados modernos amiúde se utilizaram da dominação legal e burocrática para se imporem sobre as populações que dominam, tendo por base o monopólio da coação física e, portanto, do uso da violência. Estado e nação não são termos equivalentes. Essa pretensa unificação conceitual originou-se nas revoluções burguesas européias e busca legitimar uma construção sócio-organizativa recente, automática e compulsiva.<sup>81</sup>

A idéia de língua e cultura comuns caracteriza a concepção do Estado-nação no tocante a homogeneidade étnica da população de seu território. Desse modo, a maioria ou o grupo étnico dominante fundado na igualdade de usos, costumes, língua e tradições, identifica-se com a nação para buscar o desenvolvimento comum a toda a sociedade. Isso elimina a concepção do pluralismo étnico.

Conclui Eunice Durham que “(...) as minorias étnicas dentro do Estado-nação, jamais foram legitimadas pelo poder, cuja constituição implicou a destruição de particularismo culturais para criar a unidade nacional”.<sup>82</sup> No mesmo sentido, destacando a condição dos povos indígenas afirma Maria C. P. M. Paoli que “(...) condenados de antemão pelo seu encontro com o caráter monolítico e impositivo da ‘sociedade nacional’ (...), no desamparo de sua própria primitividade, teriam como destino fatal desfazer-se no espaço homogêneo da nacionalidade”.<sup>83</sup> Impõe-se

<sup>80</sup> DURHAM, Eunice Ribeiro. O lugar do índio. In: *O Índio e a Cidadania*. São Paulo : Brasiliense/Comissão Pró-Índio-SP, 1983, p. 12.

<sup>81</sup> SANTOS, Sílvia Coelho dos. *Povos Indígenas e a Constituinte*. Florianópolis : UFSC/Movimento, 1989, p. 58.

<sup>82</sup> DURHAM, Eunice R. op. cit., p. 13.

<sup>83</sup> PAOLI, Maria Cecília Pinheiro Machado. O sentido histórico da nação de cidadania no Brasil : onde ficam os índios? In: *O Índio e a Cidadania*. São Paulo : Brasiliense/Comissão Pró-Índio-SP, 1983, p. 20.

assim, as técnicas e modo de vida euro-ocidentais, como elementos superiores e essenciais nas novas homogêneas sociedades nacionais.

Apesar dessa compreensão, posta em prática através de meios jurídicos-legais e da violência física, o processo de manutenção de valores, organizações e reivindicações dos povos indígenas e outras etnias possibilita a análise da questão étnica compor a questão nacional na atualidade. Nesse sentido afirma Gilberto Rivas: "(...) a composição étnica, nacional, racial e cultural da nação é um fator fundamental tanto para seu estudo como para as ações políticas que se realizam nesse terreno".<sup>84</sup>

Desde o início da conformação do Estado brasileiro no ano de 1500, idealizado pelos portugueses, a constituição de sua população é heterogênea, marcada pela presença de várias etnias.

Inicialmente, forçou-se a participação dos indígenas, que foram submetidos a esse Estado mediante o uso da força e violência. As populações que aqui viviam antes da chegada dos portugueses jamais planejaram construir este País ou dele participar. Posteriormente, agregou-se a esse Estado, os negros africanos, sob cativeiro. Fruto das tentativas de ocupação de território brasileiro, permaneceram franceses e holandeses. No final do século XIX, e início do XX, somam-se os imigrantes italianos, espanhóis, alemães e vários outros europeus, além dos japoneses, árabes, etc.

A composição da população do Estado brasileiro é a maior referência de agregação de etnias na história recente da humanidade. Atualmente, várias etnias persistem em se organizar socialmente de acordo com as suas próprias estruturas e instituições. Tem-se como exemplos dessas etnias remanescentes de quilombos, em Rio das Rãs, no sul do Estado da Bahia, os cafuzos na região do Alto Vale do Itajaí, no Estado de Santa Catarina (que, inclusive, há cerca de cinco anos conseguiram a demarcação de terras sob o domínio da comunidade), os 'brasileiros', popularmente conhecidos como 'caboclos', na região oeste do Estado de Santa Catarina, os caiçaras no litoral paranaense, os *Kaingang* da área indígena do Pinhal, no oeste catarinense e os Guarani que ocupam o litoral catarinense.

---

<sup>84</sup> RIVAS, Gilberto López y. As posições do etnomarxismo na questão étnica. In: *Porantim*, nº 171, 1994, p. 14

Analisar-se-á os conceitos de etnias, grupos étnicos, grupos étnicos nacionais, nacionalidades e grupos nacionais. Estabelece-se as diferenças existentes entre eles e a análise científica para a compreensão desses elementos nas conflituosas relações do Estado brasileiro com as diferentes etnias que compõem, particularmente, com os povos indígenas.

Demonstra-se como a história recente da antropologia vem estabelecendo elementos e critérios para determinar a etnicidade de determinada população ou grupo. Ampara-se na obra de Manuela Carneiro da Cunha para tal.

"1. Durante muito tempo, pensou-se que a definição de um grupo étnico pertencesse à biologia. Um grupo étnico seria um grupo racial, identificável somaticamente. Grupo indígena seria, nessa visão, uma comunidade de descendentes 'puros' de uma população pré-colombiana. Esse critério ainda é vigente no senso comum popular.

Ora, é evidente que, a não ser em casos de completo isolamento geográfico, não existe população alguma que reproduza biologicamente, sem miscigenação com os grupos com os quais está em contato."<sup>85</sup>

Ensina a antropóloga que a substância da etnicidade pensada em termos biológicos, tendo a referência de raças e sua heterogeneidade, foi substituída pelo elemento cultural, após a Segunda Guerra Mundial.

"Grupo étnico seria, então, aquele que compartilha valores, formas e expressões culturais. Especialmente significativa seria a existência de uma língua ao mesmo tempo exclusiva e usada por todo o grupo.

(...) Isso significa que devem dele ser erradicados dos pressupostos implícitos: a) o de tornar a existência dessa cultura como uma característica primária, quando se trata, pelo contrário, de consequência da organização de um grupo étnico; e b) o de supor em particular que essa cultura partilhada deva ser obrigatoriamente a cultura ancestral.

Para estabelecer a inadequação desses pressupostos, bastará lembrar o seguinte: se, para identificarmos um grupo étnico, recorrêssemos aos traços culturais que ele exhibe – língua, religião, técnicas, etc., nem sequer poderíamos afirmar que um povo qualquer é o mesmo grupo que seus antepassados. Nós não temos forçosamente a mesma religião, nem certamente as mesmas técnicas, nem os valores dos brasileiros de há cem anos. A língua que hoje falamos diverge significativamente do que falavam nossos antepassados. Uma segunda objeção deriva de que um mesmo grupo étnico exhibirá traços culturais diferentes, conforme a situação ecológica e social em que se encontra, adaptando-se às oportunidades

<sup>85</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. *Antropologia do Brasil : mito, história, etnicidade*. São Paulo : Brasiliense, 1987, p. 113.



sociais que provêm da interação com outros grupos, sem, no entanto, perder com isso sua identidade própria.”<sup>86</sup>

Particularmente, inúmeros grupos indígenas destacadamente nas regiões sul e nordeste do País, ficaram numa situação de difícil ‘comprovação’ de constituírem-se como grupos étnicos, tendo em vista o violento processo de humilhação e discriminação, dentre outros, a que foram submetidos. Foram forçados a abdicarem de sua língua, religião, danças, alimentação, tradições, enfim, de toda sua organização sociopolítica. Ressalta a mencionada autora que, apesar da cultura ser essencial à etnicidade, não se pode definir grupos étnicos a partir de sua cultura, pois,

“(...) o critério, hoje vigente, que define grupos étnicos como formas de organização social em populações cujos membros se identificam e são identificados como tais pelos outros, constituindo-se uma categorias da mesma ordem (Barth, 1969:11). Essa definição dá primazia à identificação do grupo em relação à cultura que ele exhibe. (...) em suma, traços culturais que poderão variar no tempo e no espaço, como de fato variam, sem que isso afete a identidade do grupo. Essa perspectiva está, assim, em consonância com o que percebe a cultura como algo essencialmente dinâmico e perpetuamente reelaborado. A cultura, portanto, em vez de ser um pressuposto de um grupo étnico, é de certa maneira produto deste.”<sup>87</sup>

Dessa forma, conclui Manuela C. da Cunha,<sup>88</sup> a antropologia social estabeleceu o entendimento de que é índio quem se considera índio, e, também, é considerado enquanto tal, ou seja, caracteriza-se a etnicidade de um grupo pela própria diferença percebida entre eles próprios e os demais grupos que se interagem. É intrínseco a isso constituírem a continuidade histórica das sociedades pré-colombianas e, assim, se considerarem distintos da sociedade nacional. No mesmo sentido Darcy Ribeiro reflete essa concepção vigente, dizendo que

“(as entidades étnicas) sobrevivem à total transfiguração de seu patrimônio cultural e racial (...) a língua, os costumes, as crenças, são atributos externos à etnia, suscetíveis de profundas alterações, sem que esta sofra colapso ou mutação (...) as etnias são categorias relacionais entre grupos humanos, compostas antes de

<sup>86</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. op. cit., p.114.

<sup>87</sup> CUNHA, idem, p. 116.

<sup>88</sup> CUNHA, idem, p. 111.

representações recíprocas de lealdades morais do que de especificidades culturais e raciais.”<sup>89</sup>

Foram significativas essas construções teóricas de Manuela da Cunha, Darcy Ribeiro e Roberto de Oliveira (a partir de Barth, Bromley, Cohen), que influenciaram a antropologia social e o direito, culminando com sua recepção nos mandamentos constitucionais vigentes no Estado brasileiro, superando as concepções anteriores (tomadas pelas legislações e constituições revogadas) que resguardaram de forma significativamente mais ampla, o direito dos grupos étnicos e, particularmente dos povos indígenas, que passaram a ter a real possibilidade de reassumirem-se como índios, reconstruindo e reinventando valores, tradições e traços culturais próprios.

Entretanto, contata-se a ausência de distinções conceituais entre o étnico e o nacional. É o que elabora Gilberto L. Y. Rivas.<sup>90</sup> Critica o antropólogo mexicano as definições de Bromley e Barth, referentes à etnia. Afirma que a partir desses consagrados autores da etnologia, tem-se grandes dificuldades em compreender os diferentes graus de complexidade que há entre o étnico e o nacional, por construírem uma definição genérica do primeiro termo. Inicialmente, fornece o citado autor, elementos da dimensão histórica do conceito de etnia:

“(...) Uma vez que se inicia o processo nacionalitário, as etnias entram em profundas transformações, que incluem a extinção de muitas delas ou sua incorporação a novos processos de etnogêneses e de formação de nacionalidades, das quais deriva a maioria das etnias e grupos nacionais atuais.

Neste sentido, e a partir da dimensão não apenas histórica mas também teórica do conceito de etnia, o étnico se diferencia do nacional e, inclusive, nos casos dos grupos étnicos, no sentido estrito, o étnico se apresenta em contraposição ao nacional. Isto é, define-se por oposição ou por diferença, que pode ser de grau, com o nacional.”<sup>91</sup>

Desse modo, estabelece uma conceituação da população inserida no Estado-nação. No conceito de **etnias**, existem duas construções teóricas distintas: **grupos étnicos** e **grupos étnico-nacionais**. Há a formação teórica de **nacionalidades** e a de **grupos nacionais** ou **minorias nacionais**. São distinções

<sup>89</sup> RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1970, p. 446.

<sup>90</sup> RIVAS, Gilberto López Y. As posições do etno-marxismo na questão étnica. In: *Porantín*, n. 171, 1994, p.14.

conceituais que possibilitam a visibilidade das relações conflituosas estabelecidas pelo Estado com as etnias existentes. Consoante as construções conceituais de Gilberto Rivas:

"Os grupos étnicos constituem sistemas socioculturais diferenciados no interior da nação, baseados em estruturas de organização comunal. Geralmente são grupos cuja origem lingüística remonta a um tempo histórico pré-capitalista e em cuja organização sócio-econômica se dá uma importância relativa às relações de parentesco; (...) não ocupam territórios compactos e podem existir inclusive com uma grande dispersão num amplo território ou em territórios separados por barreiras geográficas, socioeconômicas e políticas (...) o território é 'terra', a base material de sua subsistência e o lugar onde enterram seus mortos. (...) compartilham certos complexos culturais, línguas, crenças, formas de organização social, etc., sem que as mesmas determinem uma unidade sócio-política acima do âmbito comunal. (...) a pedra destas relações 'comunitárias' – locais, de parentesco, linguagem, tribo, etc. –, seria também um traço de transformação no rumo de uma consciência de integração distinta, nem étnica nem coletiva, mas nacional e individual."<sup>92</sup>

Esse 'rumo' é 'quase' certo, diante dessas perdas essenciais à subsistência enquanto grupo étnico. Inúmeros grupos indígenas, situados, principalmente nas regiões sul e nordeste do território brasileiro, que haviam perdido essas 'relações comunitárias', desencadeiam, há poucos anos, processos de recuperação desse modo de organizar-se socialmente, iniciados pelas retomadas de suas terras e recompondo outros elementos socioculturais e, hoje, vivem enquanto grupos étnicos.

Dessa forma, as populações indígenas no Brasil, dentre outras, constituem grupos étnicos. O mencionado autor prossegue na sua formulação teórica, diferenciado os grupos étnicos dos grupos étnico-nacionais:

"Os **grupos étnico-nacionais**, embora possam basear sua organização social em estruturas comunais, e compartilhar muito dos traços dos grupos étnicos, alcançaram em grau de desenvolvimento sociopolítico que ultrapassa o âmbito da comunidade ou povo. O básico é que, como resultado de um processo histórico que implica certo grau de diferenciação social, impactos econômicos, constituição de um sistema ideológico coeso e surgimento de uma elite intelectual representativa, entre outros fatores, o grupo étnico-nacional é capaz de cristalizar uma percepção da identidade própria enquanto unidade integral de todas as comunidades ou povos que possuem elementos socioculturais comuns".<sup>93</sup>

<sup>91</sup> RIVAS, Gilberto López Y. op. cit., p.14.

<sup>92</sup> RIVAS, idem, p.14.

<sup>93</sup> RIVAS, idem, p.14

Apresenta como referências de grupos étnico-nacionais os casos dos povos indígenas na Guatemala e em Chiapas no México, que constituem movimentos revolucionários e levam a processos nacionalitários de unificação e hegemonia, com reivindicações no âmbito cultural, da reforma agrária e da própria autonomia regional. Seguramente afirma-se que no Brasil não há, entre os povos indígenas, movimentos que possam levar à conformação de grupos étnico-nacionais. Isso deve-se a ausência de pressupostos que Gilberto L. Rivas enumera, assim como pela baixa densidade da população indígena espalhada pelo vasto território e, ainda, pelo fato do movimento Indígena no Brasil estar empenhado na solução de questões básicas para sua sobrevivência, como demarcação de suas terras e proteção de suas vidas e riquezas. Assim, as reivindicações de maior amplitude em relação à nacionalidade dominante e ao próprio Estado, carecem de perspectivas e possibilidades.

Gilberto L. Rivas discorre sobre outra diferença conceitual no que tange às etnias, ou seja, a distinção existente entre nacionalidades e grupos nacionais ou minorias nacionais, assim como os demais setores da população que formam a sociedade do Estado-nação: "As **nacionalidades**, que têm sua origem nos processos de constituições das nações, a partir de etnias pré-existentes e através dos processos já referidos de unificação-centralização-homogeneização realizadas pelos Estados-nacionais, constituem unidades socioculturais distribuídas na totalidade do território nacional, e fortemente diferenciadas nas estruturas classistas."<sup>94</sup>

Destaca o citado autor que as elites nacionais, organizam e estruturam o Estado-nação e atuam como expressão política das nacionalidades. Pode-se afirmar que a nacionalidade brasileira é a maior referência de incorporação de diversos grupos étnicos, principalmente dos indígenas.

Prossegue Gilberto Rivas sua construção da distinção conceitual referente a questão étnica:

"Os **grupos nacionais** podem ter sua origem na migração forçada ou voluntária de nacionalidades de outra sociedade nacional ou na anexação ou conquista de territórios nacionais alheios, que por essa via ingressão na jurisdição do Estado.

<sup>94</sup> RIVAS, Gilberto Lopes y. op. cit., p. 15.

Estes grupos podem optar pela assimilação à nacionalização dominante ou majoritária, ou permanecer com suas próprias identidades como grupos nacionais diferenciados ou como **minorias nacionais**.<sup>95</sup>

Finalmente, analisa o referenciado autor o conceito de **povo**. Termo utilizado para designar (adotado por juristas, antropólogos, entidades de apoio, em substituição ao conflituoso 'nação indígena') e auto-designar (assumido pelas organizações e movimentos indígenas) os grupos étnicos indígenas no Estado brasileiro.

"O termo povo tem também múltiplas conotações. Este termo é utilizado comumente para designar qualquer das comunidades humanas que definimos como etnias, nacionalidades ou grupos nacionais. (...) creio ser o termo preferido pelo direito internacional para referir-se às etnias. Embora, neste sentido, o conceito de povo leve a derivações de autodeterminação que nem todos os Estados querem aceitar".<sup>96</sup>

Nesse sentido, consoante analisar-se-á no capítulo II, há uma resistência do governo brasileiro em recepcionar o termo 'povo' nas legislações pertinentes às populações indígenas, contrariamente ao heterogêneo grupo mencionado, prefere adotar o termo 'sociedades indígenas'. Conclui o antropólogo, preocupado que essa sua classificação não seja compreendida como rígida, pois os grupos étnicos: "(...) em sua capacidade de transformação histórica, em sua aptidão para transformar-se sem renunciar à identidade contrastante que as sustenta e, ao fazê-lo, ser partícipe dos processos atuais e dos empreendimentos sociais futuros. Daí que nossa classificação poderia ser encoberta em toda uma gama de situações de transição possível".<sup>97</sup>

Enfatiza-se que ao conceituar-se grupos étnicos-indígenas, atenta-se para o risco de 'aprisionar' as especificidades de língua, costumes, organizações político-jurídicas próprias de cada uma das dezenas de povos, no Brasil, nessa genérica construção. É a preocupação de Roberto C. de Oliveira: "(...) Não se trata de se admitir, isto é, a sociedade brasileira admitir, exclusivamente, um único modo indígena de existir, como algo único que marcasse homogeneamente o conjunto das nações indígenas e as distinguísse, como um todo, dos mores nacionais; trata-se,

<sup>95</sup> RIVAS, Gilberto Lopes y. op. cit., p. 15.

<sup>96</sup> RIVAS, idem, p. 15.

<sup>97</sup> RIVAS, Gilberto Lopes y. op. cit., p. 15

antes, de reconhecer a diferenciação cultural também no interior desse categoria genérica chamada Índio”.<sup>98</sup>

À guisa de conclusão, pode-se afirmar efetivamente que o Estado brasileiro é pluriétnico, não por lei ou constituição, mas por sua complexa conformação cultural e histórica. Vivem hoje no Brasil cerca de “(...) 180 grupos étnicos, com línguas e dialetos distintos e em condições diversas”<sup>99</sup>, constituindo, hoje, uma população de “aproximadamente 300 mil pessoas.”<sup>100</sup>. Afirma, enfaticamente, Roberto C. de Oliveira: “Ao contrário do que muitos poderiam pensar (e seus inimigos desejar...), não estão absolutamente em processo de desaparecimento, mas apresentam tal vitalidade — em que pese toda sorte de adversidades que nos permite dizer que eles estão aqui para ficar.”<sup>101</sup>

O serviço de informação indígena (DINE), da FUNAI — Fundação Nacional do Índio, elaborou, recentemente, um levantamento da população indígena, classificando os povos e sua localização nas Unidades da Federação.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A crise do Indigenismo**. Campinas: UNICAMP, 1988, p. 44.

<sup>99</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. OLIVEIRA, Roberto Cardoso. **Os direitos do Índio : Ensaio e documentos**. São Paulo : Brasiliense, 1987, p. 19.

<sup>100</sup> PORANTIM, *Semana dos povos Indígenas: América dos Índios*. Brasília : CIMI/CNBB, 17-23/sb/1995.

<sup>101</sup> OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A crise do Indigenismo**. op. cit., p. 63.

<sup>102</sup> FUNAI. Serviço de Informação Indígena. **Sociedades Indígenas e População por Estado**. “Mimeo”.

**Quadro 1 População indígena brasileira**

ESTADO	SOCIEDADES	POPULAÇÃO
Acre	Arára/ Asheninka/ Huniquim/ Katukina do Acre/ Manitenéri/ Maxineri/ Poyanáwa/ Yaminawá/ Yawanáwa/ Makuráp/ Apirunã/ Katukina/ Kulina/ Amawáka (Peru)/ Kaxinawá (Peru)	6.610
Alagoas	Jerinpacó/ Karapotó/ Kariri-Xocó/ Tingui-Botó/ Wassú/ Xucurú-Kariri	4.917
Amapá	Gaiibí Marworno/ Karipuna/ Palikur/ Waiápi/ Galibí (Guiana Francesa)	5.095
Amazonas	Banavá-Jafí/ Caixana/ Corvana/ Dení/ Diahói/ Himarimã/ Hixkaryana/ Issé/ Jarawára / Juma/ Kambéba/ Kanamatí/ Kanamari/ Katawixi/ Kokáma/ Korubo/ Marúbo Matis/ Mayorúna/ Miranha Múra/ Múra-Pirahã/ Nukuini/ Parintintín/ Paumari/ Sateré-Mawé/ Tariana/ Tenharín/ Tikúna Torá/ Tshom-Djápa/ Tukano/ Wamiri/ Yamamadi/ Yabaána/ Zuruahã/ Maku/ Baniwa/ Warekéna/ Baré/ Karafawyána Vitotó/ Sakinibar/ Atroari/ Apurinã/ Katukina/ Kulina/ Makú (Colômbia)/ Baniwa (Colômbia)/ Baré (Venezuela)/ Karafawyána/ Katuena/ Mawayana/ Munduruku/Xeren/Vitotó(Peru)/ Yanomámi/ Waiwai	89.529
Bahia	Aricobé /Gerén/ Kaimbé/ Kantaruré/ Kiriri/ Panakaraké/ Pankaru/ Pataxó/ Pataxó há hã hãe/ Xucurú-Kariri/ Pankararú/ Tuxá	8.561
Ceará	Calabassa/ Jenipapo Kanindé/ Kariri/ Paiaku/ Pitaguarí/ Tapeba/ Tabajara/ Tremembé	4.650
Espírito Santo	Tupiniquim/ Guarani M`Biá	1.347
Goiás	Tapuia/ Avá – Canoeiro	142
Maranhão	Canela/ Guajá/ Guajajara/ Kokuiregatejê/ Kreye/ Krikatí/ Urubu-Kaapor/ Gavião	14.271
Mato Grosso	Apiaká/ Arára do Aripuanã/ Arára do Guariba/ Awetí/ Bakairi/ Bororo/ Enawenê-Nawê/ Irántxe/ Kalapálo/ Kamayurá/ Kuikúro/ Maripú/ Mhináku/ Ofayé/ Paraná/ Paresí/ Rikbatsa/ Suyá/ Tapirapé/ Tapayuna Trumaí/ Txikão/ Umutina/ Waurá/ Xavante/ Kadiwéu/ Jurúna/ Kayabí/ Kayapó/ Cinta-Larga/ Zoró/ Itogapúk/ Nambikwára/ Suruí	17.329
Mato Grosso do Sul	Camba/ Guató/ Kadiwéu/ Guarani-Nhandeva	45.259
Minas Gerais	Kaxixó/ Krenak/ Maxakali/ Xakriabá	6.200
Pará	Amanayé/ Anambé/ Apalaí/ Arára do Pará/ Araweté/ Asuriní do Trocará/ Asuriní do Koatinemo/ Kaxuyána/ Suruí do Pará/ Tiryó/ Turiwára/ Warikyána/ Wayána/ Xipáya/ Zo`é/ Tembé/ Karafawyána/ Katuena/ Mawayana/ Munduruku/ Xeren/ Jurúna/ Kayabí/ Kayapó/ Gavião/ Waiwai	15.715
Paraíba	Potiguára	6.902
Paraná	Guarani-Nhandeva/ Guarani-M`Biá/ Kaingang	7.921
Pernambuco	Atikum/ Fulniô/ Kambiwá/ Kapinawá/ Truká/ Xukurú/ Pankararú/ Tuxá	19.950

Rio de Janeiro	Guarani-M'Biá	271
Rio Grande do Sul	Kaingáng	13.354
Rondônia	Aikaná/ Ajuru/ Akuntsu/ Arára/ Arikapú/ Arikém/ Aruá/ Awakê/ Gavião/ Jabuti/ Kanoê/ Karipúna do Guaropé/ Karitiána/ Koaia/ Mekém/ Pakaánova Paumelenho/ Tuparí/ Uarí Urueuwauwau/ Urubu/ Urupá/ Cinta-larga/ Zoró/ Itogapúk/ Nambikwará/ Suruí/ Sirionó (Bolívia)	5.573
Roraima	Ingarikó/ Makuxí/ Mayongóng/ Taulipáng/ Wapixána/ Atroari/ Yanomámi/ Waiwai	37.025
Santa Catarina	Xoklém/ Guarani-M'Biá/ Kaingáng	6.667
São Paulo	Guarani-Nhandeva/ Guarani-M'Biá/ Kaingáng	1.774
Sergipe	Xocó	230
Tocantins	Apinayé/ Javaé/ Krahô/ Xambioá/ Xerente/ Avá-Canoeiro	6.360
<b>TOTAL</b>		<b>325.652</b>

Obs.: As sociedades que estão em negrito, também estão presentes nos países indicados nos parênteses.  
 Fonte: Serviço de Informação Indígena – DINE.

*"Se debe advertir que las comunidades étnicas de hoy no constituyen meras reminiscencias del pasado ni ruinas pre-históricas. Aunque ellas se constituyen a lo largo del proceso colonial, continuaron evolucionando durante la vida independiente y han ido experimentando graduales adaptaciones que las hacen entidades entromente contemporáneas. Su estrecha trabazón con las sociedades nacionales en las que quedaron incluidas es indiscutible. Pero al mismo tiempo estas comunidades son, frente al entorno nacional, formas de organización alternativas, sustento de unos modos de vida particulares y el nicho en que identidades dinámicas y vivas se desenvuelven."*<sup>103</sup>

Dessa forma, é absolutamente imprescindível a instalação definitiva no Estado brasileiro de um pluralismo étnico-cultural. Nesse sentido afirmam os antropólogos, autores da Declaração de Barbados III: "Uma construção democrática do futuro supõe o incremento da presença e representação das comunidades culturalmente diferenciadas e o respeito de suas lógicas políticas, o que contribuirá

<sup>103</sup> POLANCO, Hector Diaz. **Pueblos indios, autonomia y territorialidad**. México : CIESAS, 1992, p. 73 (Trad. livre: "Deve-se advertir que as comunidades étnicas atuais não constituem meras reminiscências do passado nem ruínas pré-históricas. Não obstante, elas se constituíram ao longo do processo colonial, continuaram evoluindo durante a vida independentemente e, têm experimentado graduais adaptações que as fazem entidades contemporâneas. Sua estreita ligação com as sociedades nacionais em que permaneceram incluídas é indiscutível. Mas, ao mesmo tempo, essas comunidades são, frente ao meio nacional, formas de organização alternativas, manutenção de modos de vida particulares e o nicho em que identidades dinâmicas e vivas se desenvolvem).



para a conformação de sociedades plurais, solidárias e completamente articuladas.”<sup>104</sup>

Tendo como referência essa concepção, setores da sociedade brasileira (juntamente com os povos indígenas), notadamente, há duas décadas, reivindicavam a alteração das bases político-jurídicas de que se utilizava o Estado para relacionar-se com as populações indígenas. Consegue-se a adesão dos parlamentares constituintes (1986-1988), na substancial mudança no disposto na Constituição Federal de 1988. Desse modo, a partir de 05 de outubro, o Estado brasileiro passa a constituir-se em pluriétnico e multicultural. A estrutura da organização estatal (leis, organização territorial, formas de representação, administração da justiça, serviços, etc.) possibilita e favorece a participação e convivência harmônica dos diversos povos, etnias, culturas, que o integram, com base em uma real igualdade de direitos e respeito às diferenças. Nessa direção enfatiza o constitucionalista José Afonso da Silva:

“A Constituição opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e enquadra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicas, culturais e ideológicas. Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. (...) Enfim, a Constituição consagra, como um dos seus princípios fundamentais, o princípio pluralista, o que vale dizer encaminha-se para a construção de uma democracia pluralista.”<sup>105</sup>

Dessa maneira, urge a necessidade de reflexão e participação de todos os setores da sociedade, pois a consolidação de um Estado pluriétnico, pressupõe a permanente reflexão e participação de todos os setores da sociedade para incorporar e fazer avançar esses novos valores, superando-se os equívocos. É um processo que se inicia, com a clara expectativa dos povos indígenas de sua evolução permanente, para que, possam ter definitivamente seus direitos resguardados e a tranquilidade de sua existência na relação com a sociedade não-

<sup>104</sup> DECLARAÇÃO de Barbados III – Articulação da Diversidade. In: *Boletim da ABA*, nº 22, março/94, p. 14.

<sup>105</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, 1993, p. 129 e 130.

índia. Estado esse que toda sua população alcance a capacidade de reconhecer e de não aniquilar o outro.

### 1.3 HISTÓRICO SOCIOPOLÍTICO DA RELAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO COM OS POVOS INDÍGENAS

A população indígena no continente americano, por volta de 1500, segundo o CIMI,<sup>106</sup> era estimada em 80 milhões de habitantes, e que utilizavam cerca de duas mil línguas diferentes. Denuncia o pesquisador húngaro Tzevetan Todorov,<sup>107</sup> que "(...) cerca de 70 milhões desta população original foram dizimadas nos primeiros cem anos de colonização européia, caracterizando o maior genocídio que a história conhece. Foram várias as causas dessa tragédia: guerras, trabalho forçado, epidemias, confinamentos, dentre outras."

No Brasil, por volta de 1500, os portugueses encontram uma população estimada em cinco milhões<sup>108</sup> de pessoas. A história dos povos indígenas no Brasil foi e é uma longa história de expropriação, de morte brutal, de fome, que levou ao desaparecimento centenas de povos, que somado ao ocorrido no restante do continente, constitui o maior exemplo de crime de genocídio e de barbárie que a humanidade já conheceu.

Nas terras de inúmeros povos que ocupavam o território deste País, onde inicialmente aportaram portugueses, e posteriormente franceses e holandeses, e sob cativo membros de povos situados no continente africano, o Estado brasileiro se estruturou. Afirma-se que os povos indígenas que já habitavam o território ocupado em 1500, pelas forças invasoras de colonização, seguramente não tinham perspectiva alguma de se tornarem parte integrante de uma comunidade alienígena, que com o passar do tempo, pela miscigenação, resultou numa comunidade própria e distinta das que a gerou, autodenominada brasileira.

Com o objetivo definido de apropriação das terras e riquezas indígenas, de viabilizar a dominação do território, firmou-se a concepção entre as forças

<sup>106</sup> PORANTIM. n. 172. Jan/Fev/Mar de 1995, p. 9

<sup>107</sup> TODOROV, Tzvetan. Apud. PORANTIM op. cit., p. 8

<sup>108</sup> Cf. PREZIA, Benedito; HOOANERT, Eduardo. Esta terra tinha dono. São Paulo : FTD/CIMI/CENILA, 1989, p.71.

colonizadoras de que os ocupantes originários se constituíam comunidades políticas soberanas, mas como grupo de indivíduos sem qualquer organização sociopolítica. Essa concepção desencadeou uma série de mecanismos político-legais para integrar essas pessoas como membros desse novo e dominante corpo sociocultural. Desse modo, portanto, os ditos gentios ou selvagens, foram submetidos, inicialmente, a um regime de escravidão (para os índios inimigos) e de aldeamento (para os índios aliados), e à condição de infiéis selvagens (que necessitavam ser catequizados), posteriormente, ao regime de órfãos (instituíam-se a tutela orfanológica e a tutela civil (equiparados aos menores de idade e aos pródigos) e, atualmente, aos plenamente capazes.

### 1.3.1 Índios aldeados e índios escravos : o Brasil Colonial

Manuela Carneiro da Cunha escreve que desde o início de sua conformação, o Estado brasileiro "(...) tinha também grande interesse de cunho estratégico na submissão política dos povos indígenas: sua vassalagem importava ao Estado como condição prévia de uma mão-de-obra domesticada e politicamente eficaz na constituição de uma sociedade colonial que garantisse a Portugal a posse dos territórios conquistados."<sup>109</sup>

Inicialmente o colonizadores submetem os índios à situação jurídica de escravos, de propriedade de quem os 'capturasse' ou comprasse. Até 1530, o invasor português conseguia os produtos que desejava, o pau-brasil, por exemplo, através da utilização da mão-de-obra indígena espontânea, por meio de troca de gentilezas e de presentes (espelho, machado, etc.). A partir desse período não houve mais essa possibilidade. O colonizador passa a usar da violência e estabelece o regime de escravidão para os habitantes nativos. "Já em 1537, uma Carta Régia consagrava expressamente a escravização dos Caetés, que viviam ao norte do Rio São Francisco".<sup>110</sup> Na mesma direção denuncia Beatriz Perrone-Moisés: "Contraditória, oscilante, hipócrita: são esses os adjetivos empregados, de

<sup>109</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos dos Índios. Ensaio. Documentos*. São Paulo : Brasiliense, 1987, p. 104

<sup>110</sup> PAIVA, Eunice e JUNQUEIRA, Carmem. *O Estado Contra o Índio*. São Paulo : PUC, 1985, p. 2

forma unânime, para qualificar a legislação e a política da Coroa portuguesa em relação aos povos indígenas do Brasil colonial.”<sup>111</sup>

O teor da política indigenista do Estado brasileiro desde a época colonial concentra-se nos dispositivos legais. Por isso, a análise dos elementos das relações estabelecidas por este Estado com as populações indígenas estão, essencialmente, expressas na legislação. Nas palavras de Beatriz Perrone-Moisés percebe-se o quanto tem sido paradoxal a legislação indigenista, e portanto, a política indigenista do Estado brasileiro: “Tomada em conjunto, a legislação indigenista é tradicionalmente considerada como contraditória e oscilante por declarar a liberdade com restrições do cativo a alguns casos determinados, abolir totalmente tais casos legais de cativo (nas três grandes leis de liberdade absoluta: 1609, 1680 e 1755), e em seguida restaurá-los.”<sup>112</sup>

A citada autora realiza reflexão, através de uma divisão entre ‘índios aliados e índios inimigos,’ que explica a lógica dessa aparente contradição. Inicialmente analisa a situação dos índios amigos. Essa ‘liberdade’ tem custo significativo para os membros de determinados povos que aderem à política oficial: abdicarem do direito de viverem nas suas terras ocupadas, tradicionalmente, e de acordo com suas formas próprias de se organizarem. Explica Perrone-Moisés que “Aos índios aldeados e aliados, é garantida a liberdade ao longo de toda a colonização. Afirma-se, desde o início, que, livres, são senhores de suas terras nas aldeias, passíveis de serem requisitados para trabalhar para os moradores mediante pagamento de salário e devem ser muito bem tratados. Deles dependem reconhecidamente o sustento e defesa da colônia.”<sup>113</sup>

Informa também que os aldeamentos eram organizados próximos de povoações coloniais, como determinava o Alvará de 21/08/1582, e a Provisão Régia de 01/04/1680. O início do processo de aldeamento ocorre com o convencimento, pelas vantagens oferecidas, de ocorrer o ‘descimento’, ou seja, deslocar os índios de suas terras para aldeias junto às povoações portuguesas. Por força da lei, as tropas de descimento deveriam contar sempre com a presença dos padres católicos, desde

<sup>111</sup> PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos : os princípios da Legislação Indigenista do período colonial (século XVI a XVIII). In: *História dos índios no Brasil*, São Paulo : Companhia das Letras/Secretaria Municipal da Cultura/ FAPESP, 1992, p.115.

<sup>112</sup> PERRONE-MOISÉS, Beatriz. op. cit., p. 117

<sup>113</sup> PERRONE-MOISÉS, idem, p. 117.

a determinação da lei de 24/02/1587. Os missionários tinham a missão de convencer os povos indígenas, demonstrando as garantias de “liberdade nas aldeias, a posse de suas terras, os bons tratos e o trabalho assalariado para os moradores e a Coroa.”<sup>114</sup>

A política dos aldeamentos foi uma das formas encontradas para integrar o índio à sociedade luso-brasileira, levando-o a deixar de ser índio, além de garantir a ocupação do território, sua defesa e uma constante reserva de mão-de-obra para o desenvolvimento econômico da colônia. As prometidas ‘vantagens’ para os índios aldeados, previstas na legislação lusitana, muitas vezes, sequer eram cumpridas. Nesse sentido disserta Beatriz Perrone-Moisés: “(...) tentam manter índios das aldeias como escravos. A liberdade é violada, o prazo estipulado desobedecido e os salários não são pagos; há vários indícios de que os índios das aldeias acabavam ficando em situação pior do que os escravos: sobrecarregados, explorados, mandados de um lado para o outro sem que sua ‘vontade’ exigida pelas leis fosse considerada.”<sup>115</sup>

Num segundo momento, discorre a referida autora<sup>116</sup> sobre o tratamento dispensado pelo Estado luso-brasileiro aos “índios inimigos”, que não cediam seu direito e autonomia de viverem de acordo com suas especificidades étnico-culturais, ou seja, que não se submetiam ao aldeamento. Havia expressas provisões legais (Leis de 1609, 1680 e 1775), para declarar “guerra justa” aos indígenas que apresentassem tal comportamento. Nesse rumo explica: “As causas legítimas de guerra justa seriam a recusa à conversão ou o impedimento da propagação da fé, e prática de hostilidade contra vassallos e aliados dos portugueses (...). Só haveria guerra justa se preexistisse uma injustiça do adversário, se fosse conduzida com boas intenções (não seria justa a guerra movida por ambição, ódio ou vingança)”.<sup>117</sup>

Apresenta a citada autora,<sup>118</sup> exemplos de provisões legais contra os “gentios” insubordinados aos aldeamentos e à integração junto a sociedade luso brasileira:

<sup>114</sup> PERRONE-MOISÉS, Beatriz. op. cit., p. 118.

<sup>115</sup> Idem, p. 121.

<sup>116</sup> Idem, p. 123.

<sup>117</sup> Idem, p. 123.

<sup>118</sup> Idem, p. 126.

"A Carta Régia de 2/3/1680 afirma que os gentios fazem 'aleivorias e extorsões' aos moradores 'sem mais causa que a sua ruim inclinação; uma carta do governador geral do estado do Brasil de 14/3/1688 espera que fiquem as armas de sua majestade mais gloriosas na destruição dos bárbaros do que seus vassalos foram ofendidos nas insolências de sua ferocidade'; a Resolução de 6/10/1688 fala em terror do inumerável poder dos bárbaros, o que faz pensar na construção, mencionada acima, de um inimigo especialmente poderoso (...). Uma carta do vice-rei do Brasil de 30/6/1721 diz que tendo o 'gentio bárbaro' atacado, 'é preciso procurar extingui-los, fazendo-se-lhes veemente guerra.'"

Contra os desobedientes inimigos índios, seguem-se numerosas recomendações legais de guerras que levem ao extermínio total. Além da guerra justa, outro mecanismo jurídico elaborado para legalizar a escravidão indígena foi o 'resgate'. Mesmo não sendo inimigo, todo índio comprado ou resgatado de seus inimigos, era transformado em escravo pelos que os resgassem. As leis que oficializaram essa possibilidade jurídica de escravizar os índios que "estiverem em cordas" são: Lei de 1587, o Regimento de 21/02/1603, a Lei de 1611, na Provisão Régia de 17/10/1653, no Alvará de 28/04/1688, dentre outros. O tempo mínimo previsto de pagar a libertação era de dez anos como escravo, ou, pelo resto da vida.<sup>119</sup> Dessa maneira, o que determinava o enquadramento do índio nos diferentes dispositivos e, conseqüentemente, tornar-se um homem livre ou um escravo, era a sua postura de aceitação ou subordinação ao sistema, ou resistir ao modo de vida imposto pelo colonizador.

O jurista José Mendes Jr., em obra do início do século, analisa a legislação indigenista, demonstrando a real intenção do colonizador:

"Em 20 de março de 1570 tinha sido promulgada em Evora uma lei proibindo o captiveiro dos índios; mas, com excepção das que fossem tomadas em justa guerra, as quais seriam inscriptas nos livros das Provedorias para se saber a todo tempo quaes eram os legitimamente captivos. Era, já meu pae o disse e respeito eu, a hyprocrisia do legislador em toda a sua atentação: - com a execpção derogava a regra."<sup>120</sup>

Analisa também o referido autor a distinção feita pelo colonizador entre os índios amigos, submetidos ao aldeamento, e os que resistiam a essa política, vivendo de acordo com suas próprias instituições:

<sup>119</sup> PERRONE-MOISÉS, Beatriz. op. cit., p. 128.

<sup>120</sup> MENDES JR. João. *Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e políticos*. São Paulo : Hennies, 1912. Edição Fac-similar, Comissão Pró Índio, p. 29.

"Os índios exigiam sempre o seu governo autonomico. A principio houve um simulacro de annuencia a isso, dando-se às aldeas um chefe tirado dentre os índios mais velhos, ao qual era dato o titulo de capitão, mas que não tinha outra autoridade senão a de servir de lingua, de transmissor, de ordens dos administradores e de figurar nos actos publicos como o principal. Esses índios aldeados, illudidos e victimas de usurpações de suas terras, passaram a fabricar panellas de barro, balaies, cestos, etc. e a ter o nome de administrados, enquanto não eram as adêas elevadas a freguezias e villas."<sup>121</sup>

Explica João Mendes Jr.<sup>122</sup> que a consequência direta dos aldeamentos foi a incorporação dos povos indígenas à sociedade brasileira, em virtude dos aldeamentos terem se transformado em municípios, com a presença de várias etnias, que provocaram a miscigenação. Quanto aos índios que "quiseram manter sua autonomia", organizaram-se em "hordas errantes", habitando terras despovoadas, sem perder a condição legal de brasileiros, na forma do art. 6º da Constituição do Império: "todos os que no Brazil tiverem nascidos". A condição de infiéis selvagens, elaborada pelo colonizador, representava um obstáculo à sua pretensão de obter as terras, as riquezas e a disponibilidade da mão-de-obra indígena. Para tanto, o Estado delegou às congregações religiosas, até 1755, a missão de catequizar, administrar e controlar a mão-de-obra indígena, para estar à disposição dos não-índios. As congregações religiosas são substituídas no controle da população indígena pelos comandantes de distritos que, segundo Oliveira Sobrinho:

"(...) denotavam a maior avareza e doblez e esquecendo os mais elementares deveres de humanidade para com a gente confiada à sua guarda, faziam-se servir pelos índios aldeados como se fossem escravos, espancavam-nos, deixavam-nos espoliar quando os não os espoliavam elles próprios, pelos colonos visinhos das aldeias. (...) Por sua vez os sacerdotes (...) exigindo de tão miseraveis fieis pagamento adeantado pelos seus serviços ecclesiasticos e assim, contribuindo, com suas vexações, para tomar mais aborredida dos índios essa religião extranha que elles não logravam sequer comprehender. Os soldados dos destacamentos espingardeavam sem tirtte nem guarte um aldeiado por uma espiga de milho roubada de uma plantação de branco e commetiam cem barbaridades, entre outras a de vender crianças das tribus."<sup>123</sup>

<sup>121</sup> MENDES JR., João. op. cit., p. 31.

<sup>122</sup> Idem, p. 47.

<sup>123</sup> OLIVEIRA SOBRINHO. Os selvícolas brasileiros e a legislação patria. In: **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba : Juruá, 1992, p. 103.

Durante a permanência do monarca D. João VI no Brasil, estabelecem uma relação com a população indígena através da legislação, eivadas de crueldade, como por exemplo, a Carta Régia de 1808, relatada pelo citado autor:

"Para estímulo aos ferozes Commandantes e às suas tropas, ordenava a mencionada Carta: 'Que sejam considerados como prisioneiros de guerra todos os Índios Botocudos que se tomarem com as armas na mão em qualquer ataque; e que sejam entregues para o serviço do respectivo Commandante por dez anos e todo o mais tempo em que durar sua ferocidade, podendo elle emprega-los nos seu serviço particular durante esse tempo e conserva-los com a devida segurança, mesmo em ferros, em quanto não derem provas do abandono da sua atrocidade e antropofogia'. No mesmo diapasão de crueldade e deshumanidade era a Carta Régia de 5 de novembro daquelle anno, endereçada a Antonio José de Fancá Horta, governador da Capitania de S. Paulo a quem igualmente se recommendava 'guerra contra os barbaros índios denominados Bugres que infestarão os campos geraes, de Curitiba e os de Guarapuava, assim como todos os terrenos que desagoão no Paraná e formão do outro lado as cabeceias do Uruguay.'"<sup>124</sup>

Desse modo, conclui-se que estas condições agregadas aos povos indígenas, durante esses mais de três séculos de colonização portuguesa no Brasil, de "infieis selvagens, índios amigos/aldeados/livres e índios inimigos/escravos," através do controle político-legal, tiveram como objetivo negar, desestruturar as instituições sociojurídicas desses povos e incorporá-los à sociedade brasileira, estabelecida pelo invasor português, para apoderar-se de suas terras, riquezas e mão-de-obra. Nessa direção Clóvis Beviláqua enfatiza que:

"(...) o direito portuguez dominou soberano; varrendo todas as instituições dos aborígenes que, acossados pelo eyclave de uma civilização intolerante, sanguinaria e devastadora, segundo lhes devia parecer pelo que viam e soffriam, se foram refugiar no adyto das florestas impenetraveis do interior, à margem dos grandes rios que retalham regiões ubertosas mas insaluberrimas, onde quer que os rigores da natureza os defendessem das brutalidades de uma cultura tão balda de movimentos affectivos (...)." <sup>125</sup>

<sup>124</sup> OLIVEIRA SOBRINHO. op. cit., p. 102.

<sup>125</sup> BEVILACQUA, Clóvis. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista. In: **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba : Juruá, 1992, p. 77.



### 1.3.2 Tutela Orfanológica : o Brasil Imperial

Menos de um ano após a independência política do Estado brasileiro, José Bonifácio de Andrada e Silva, em seus 'Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil', de 08/06/1823, denunciava a situação imposta aos índios:

"Por causa nossa recrescem iguais dificuldades e vem a ser os modos contínuos e arraigados em que os têm posto os cativeiros antigos, o desprezo com que geralmente os tratamos, o roubo contínuo de sua melhores terras, os serviços a que o sujeitamos, pagando-lhes pequenos ou nem uns jornais, alimentando-os mal, enganando-os nos contratos de compra e venda que com eles fazemos e passando-lhes todos os nossos vícios e moléstias, sem lhes comunicarmos nossas virtudes e talentos."<sup>126</sup>

O fato mais relevante que ocorreu durante o Brasil Imperial com relação à política indigenista foi a instituição da tutela orfanológica, através da criação do Regimento dos Órfãos. São os índios, agora, colocados na condição de órfãos. Disposto na Lei de 27/10/1831: "Art. 3º – Os Índios todos até aqui em servidão serão della desonerados. Art. 4º – Serão considerados como orphans, e entregues aos respectivos Juizes, para lhes applicarem as providencias da Ordenação Livro primeiro Título oitenta e oito."<sup>127</sup>

Nesse sentido explica Darcy Ribeiro que o índio era "(...) identificado às pessoas totalmente incapazes, sujeito à tutela dos juizes, sempre dispostos a legislar a retirada de crianças das aldeias e a ratificar às transações mais lesivas aos índios."<sup>128</sup>

Para Carneiro da Cunha "O estatuto de órfão decorria assim de uma recusa contingente ao trabalho, 'demência' perspectiva de um século que conectou firmemente os conceitos de cidadania e participação na produção".<sup>129</sup>

O Governo Imperial expediu, em 24/07/1845, o Decreto nº 246, que dispunha sobre o regime de aldeamento e as missões de catequese e civilização

<sup>126</sup> SILVA, José Bonifácio de Andrada e. Apud ROBERTO LYRA. O Direito Penal dos Índios. In: **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba : Juruá, 1992, p. 126.

<sup>127</sup> MENDES JR., João. op. cit., p. 53.

<sup>128</sup> RIBEIRO, Darcy. **A Política Indigenista**. Rio de Janeiro : Ministério da Agricultura, 1962, p. 114.

<sup>129</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. op. cit., p. 108.

dos índios. Explica João Mendes Jr. o teor da legislação, que caracteriza a política indigenista do Império:

"Nesse regulamento se determinava, houvesse um director geral de índios e em cada aldêa um director, um thesoureiro ou um almoxarife, e, sendo possível, um cirurgião e um missionário. Esse decreto é fértil em disposições, mas nunca foi devidamente executado. Alli se recommenda tudo: recenseamento, relatório anual, diligencias e edificação de egrejas, fornecimentos, policiamento, concessão de terras, grangearias, escolas, criação de pedestres, officiais de officios e artes mecanicas, musicas, etc."<sup>130</sup>

Percebe-se que as ações do governo imperial é uma continuidade dos atos do Brasil colonial: criar mecanismos de incentivo para o índio negar-se enquanto tal. Mesmo os índios que aceitavam tal proposta, acabavam tornando-se indigente, sem terra, riquezas, cultura, sem proteção alguma, pois as leis que previam 'benefícios' não eram colocadas em prática. Segundo Eunice Paiva e Carmem Junqueira, esse decreto trouxe conseqüências que se estendem até os dias atuais na relação do Estado com a populações indígenas:

"Com o nosso incentivo concedido em 1845 ao aldeamento das populações indígenas, delineia-se o tratamento jurídico especial que seria dado aos povos indígenas e as principais linhas da política indigenista brasileira que seriam adotadas até nossos dias: fixação das populações indígenas em determinados territórios, limitação da capacidade jurídica dos índios e conseqüente instituição da tutela governamental, paternalismo administrativo e burocratização da questão indígena".<sup>131</sup>

No tocante à capacidade jurídica houve uma superação, conforme analisar-se-á no segundo capítulo. Com relação à Lei 601, de 18/09/1850, que causará sérios danos às terras indígenas, será objeto de análise em item posterior desse capítulo.

### 1.3.3 Relativa incapacidade civil : o Brasil República

Com o advento da República em 1889, o Estado brasileiro elabora uma nova Constituição. A única previsão referente às populações indígenas restringe-se à

<sup>130</sup> MENDES JR., João. op. cit., p. 54

<sup>131</sup> PAIVA, Eunice & JUNQUEIRA, Carmem. op. cit., p. 3.

transferência da propriedade das terras devolutas da União para as Unidades da Federação. Estratégia utilizada para usurpar-se as terras indígenas, consoante análise posterior. As expectativas frustradas em relação aos direitos indígenas, omitidas na Constituição Federal de 1891, transferem-se para a edição do Código Civil de 1916. Novamente o Estado brasileiro trata com descaso os direitos dos povos indígenas, pois, com o Código Civil, há uma nova continuidade da concepção oficial no que tange à situação jurídica dos índios. Ocorre a alteração da tutela orfanológica para a tutela dos relativamente incapazes, equiparadas aos menores de idade e aos pródigos. Permanece a perspectiva estatal assimilacionista. Prevê o dispositivo legal:

“Art. 6º – São menores capazes, relativamente a certos atos (arts. 147, n. III) ou à maneira de os exercer:

III – Os Silvícolas

Parágrafo Único – os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país.”.

Observa-se pela referência legislativa que persistia o desinteresse estatal em possibilitar o respeito e as bases de convivência com grupos culturalmente distintos. Com os índios colocados sob a tutela direta do Estado, em 1910, através do Decreto 8072 é criado o SPI – Serviço de Proteção ao Índio – e, posteriormente, em 1968, com a Lei 5371, a FUNAI. O Estado passa a estruturar sua ação indigenista com a existência de um órgão indigenista oficial para tratar da questão.

Soma-se ao renovado objetivo estatal de assimilar o índio à sociedade brasileira através da expressão “adaptação à civilização do país” contida no Código Civil, as Constituições Federais de 1934 (art. 5º, XV-r) e de 1967/69 (art. 8º, XVII-o) sob a denominação “incorporação”.

Para se compreender de maneira mais ampla o significado do instituto aplicado aos índios, é necessário situar esta legislação no seu contexto histórico. O Código Civil foi elaborado nas duas primeiras décadas do século, período em que prevalecia o sistema econômico capitalista liberal, de maneira que o Estado não intervinha nas relações sociais. Daí a importância das regras que disciplinassem o relacionamento entre as pessoas e destas com os bens. O Código Civil era a legislação básica das relações jurídicas do País, através do qual regulamentavam-se

as transações econômicas nas quais o mercado tinha o seu balisamento. A maneira estabelecida pelo Estado para a circulação dos bens econômicos foi o acordo de vontades, em que as obrigações eram firmadas e cuja materialização jurídica se dá nos contratos. A capacidade civil das pessoas está relacionada à sua compreensão sobre os valores e o funcionamento das relações econômicas da comunidade brasileira.

Dessa forma, justifica-se a tutela dos índios, por dois objetivos relacionados entre si. Um objetivo imediato, consistente na proteção dos índios tutelados, para que não sejam, no relacionamento com a sociedade nacional, lesados econômica e/ou moralmente. Como consequência da proteção exercida, decorre o outro objetivo, de caráter mediato, que visa tornar compreensível aos índios o funcionamento da sociedade brasileira, nos seus aspectos morais e econômicos, adaptando-os com isso, à comunhão nacional.

Às forças dominantes da sociedade nacional interessa que a utilização das riquezas existentes nas terras indígenas ocorra conforme a ótica do sistema econômico predominante, ou seja, o capitalismo. Desse modo, reside nesse propósito ideológico a base da incorporação.

Apesar da tutela limitar-se apenas à assistência aos índios quando fosse praticar algum ato da vida civil, o órgão indigenista (SPI/FUNAI), através de seus agentes, realizou uma outra interpretação do dispositivo legal e passaram a substituir, desconsiderar a vontade dos tutelados, ou ainda, determinar o que poderiam ou não fazer. Essas atitudes caracterizam exercício abusivo da tutela, pois o órgão os estaria representando, e, não mais, assistindo.

O Estado, por considerar a eliminação da tutela, ou melhor, a consideração de que o indivíduo já atingiu a plenitude de sua capacidade civil, uma questão cuja aferição comporta significativos aspectos subjetivos, subordinou-a à expressa manifestação do índio (arts. 9º e 10º da lei 6.001/73) ou comunidade interessada (art. 11 da lei nº 6.001/73) perante a justiça ou à administração pública. Provavelmente, por perceberem que os índios não têm, como nunca tiveram, perspectiva de se incorporarem à comunhão nacional, já que nenhum pleiteou sua emancipação ou liberação do regime tutelar, em 1978 o Governo Federal, de maneira ilegal e arbitrária pretendeu, através de decreto instituir a emancipação

compulsória. Devido à forte reação dos índios, de entidades indigenistas não-governamentais, parlamentares da oposição e personalidades nacionais, esta tentativa da ditadura militar não prosperou.

#### 1.3.4 Terras indígenas

Considerando constituir-se a terra como elemento imprescindível à existência dos povos indígenas, analisa-se o comportamento do Estado brasileiro mediante sua política territorial indígena, expressa em várias previsões legais-constitucionais. A efetivação das demarcações das terras indígenas tradicionalmente ocupadas e o direito originário sobre elas, tem sido, ao longo do conjunto de relações estabelecidas com o Estado brasileiro, um dos inúmeros problemas vivenciados pelas comunidades indígenas. Apesar do resguardo legal, verifica-se a sua permanente violação. Exemplifica-se através desse elemento essencial à sobrevivência física e cultural, os obstáculos encontrados pelos povos indígenas para se manterem vivos e terem seus direitos resguardados.

Aparentemente o reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas sobre suas terras ocorre já nos primeiros tempos da Colônia. Vários autores têm divulgado que o Alvará Régio de 01 de abril de 1680, reconhecia expressamente que os índios foram os "primeiros ocupantes e donos naturais destas terras". Entretanto, ao investigar-se essa lei na íntegra, constata-se as reais, primeiras e permanentes perspectivas do colonizador. Previa a lei:

- "1º – Que os indios descidos do sertão seja 'senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se fazer molestia;
- 2º – Que aos que descerem do sertão sejam designados lugares convenientes, para nelles lavrarem e cultivarem, sem que possam ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade;
- 3º – Que esses indios 'nem serão obrigados a pagar fôro ou tributo das ditas terras, ainda que sejam de sesmarias, a pessoas particulares, porque na concessão de sesmarias se reserva sempre o prejuizo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda, ser reservado o prejuizo e direito dos indios, primário e naturaes senhores delias."

Seguiam as disposições da citada lei:

“2º – Que fossem repartidas pelos índios aldeados as terras adjacentes às suas respectivas aldeias, sustentando-se os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras, assim demarcadas, para gozarem dellas por si e todos os seus herdeiros;

4º – Que se levantassem igrejas nas aldeias e se convocassem missionários, para instruir e conservar os índios na Fé-Christã”.

Como observado anteriormente, a garantia da posse das terras passava pela classificação índios/amigos/aldeados/livres e índios inimigos/escravos. A lei não resguardava o direito às terras tradicionalmente ocupadas, mas às delimitadas próximas aos povoados de colonizadores, onde as comunidades eram levadas pelo “descimento”. Além de especificar qual o tipo de índio, delimitava quais terras e previa outra etapa do processo de integrá-los a nova sociedade brasileira: transformá-los de infiéis selvagens em cristãos católicos. Assim, aos povos resistentes a essa política fundiária, passavam a ser errantes sem terra.

Mesmo para as parcelas de territórios indígenas destinadas aos índios submetidos aos aldeamentos, a garantia legal não se efetivava, transformando-se os aldeados em escravos e, perdendo suas terras. Tanto que ocorreria medida legal para o problema: “(...) a intervenção do rei D. João V, pela Carta Régia de 3 de março de 1713, mandando restituir aos índios as terras que lhes tinham sido usurpadas.”<sup>132</sup> A lei 601 de 18/09/1850, veio regular as terras possuídas, as terras devolutas e as terras reservadas. Exigia dos possuidores a exibição de registro. Nesse sentido João Mendes Jr. interpreta a referida lei: “Quanto às posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, e que se acharem cultivadas ou com principio de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro, foram estabelecidas regras para a legitimação e registro”.<sup>133</sup>

Considerando-se as distâncias e as dificuldades de acesso às informações contidas nessa norma, não havia as condições para os pequenos agricultores e para os índios tomarem conhecimento e levarem a registro suas posses, tanto os índios aldeados, quanto, principalmente, os índios não-aldeados. Essa disposição legal possibilitou a usurpação de inúmeras terras indígenas e incentivou a violência contra essas populações. Nessa perspectiva escreve João Mendes Jr.: “(...) Os sertanejos bons e prudentes não os hostilizavam; mas os outros que descobriam suas

<sup>132</sup> MENDES JR. João., op. cit., p. 45.

<sup>133</sup> Idem, p. 56.

arranções e terras, foram criando posses e formando registros, e, tanto quanto lhes foi preciso, foram invadindo e até expellindo à força os aldeados. D'ahi muitas lutas e carnificinas.”<sup>134</sup>

O Regulamento nº 1318, de 30/01/1854, regulamentava a lei 601/1850 e dispõe que as terras devolutas são reservadas para colonização e “aldeamento dos indígenas nos districtos que existirem hordas selvagens” (arts. 72 a 75). Como bem analisa João Mendes Jr., não houve preocupação da legislação em tornar expressa a necessidade aos índios já aldeados de se submeterem a tal exigência, pois o fim da lei era o de reservar terras para os índios que se aldeassem. Para tanto firma sua tese jurídica:

“(…) – Desde que os indios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por elles occupadas, si já não fossem delles, tambem não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estavam devolutas; em qualquer hypothese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1 de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro. (...) não se concebe que os indios tivessem adquirido, por simples occupação, aquillo que lhes é congenito e primario, de sorte que, relativamente aos indios estabelecidos, não há uma simples posse, há um titulo immediato de dominio; não há, portanto, posse a legitimar, há dominio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado.”<sup>135</sup>

Amplia-se essa interpretação, estendendo-se este resguardo legal aos povos indígenas fora dos aldeamentos, mas com posse de suas terras de ocupação tradicional. Seguramente esse firme entendimento jurídico de Mendes Jr. influenciou o pensamento presente nas Constituições Federais a partir de 1934, e, principalmente, na de 1988, onde assegurou-se esse direito originário às populações, conforme analisar-se-á no segundo capítulo.

A primeira Constituição Federal do período republicano, a de 1891, apenas determinou no art. 64 que pertencem aos Estados as terras devolutas situadas nos respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Soma-se à omissão dessa Constituição em relação aos índios e suas terras, a transferência automática das terras indígenas ainda não

<sup>134</sup> MENDES JR., João. op. cit., p. 56.

<sup>135</sup> Idem, p. 57 e 59.

demarcadas para as mesmas unidades da Federação, que passam a dispor delas para a colonização dos imigrantes, vindos principalmente da Itália e Alemanha.

Os representantes dos governos estaduais utilizavam-se de um método 'simples': com ações da polícia, dos bugreiros (caçadores profissionais de índios, que comprovavam o 'serviço', através da apresentação das orelhas dos índios), matando, ateando fogo nas casas e expulsavam os índios de suas terras. Desse modo, as terras ficavam "devolutas" e o Estado tinha o seu domínio e as cedia para a colonização. Centenas de comunidades indígenas foram, assim, extintas. Mesmo as áreas demarcadas legalmente também sofrem tais ações.

As demais Constituições Federais passavam a resguardar o direito das comunidades indígenas à posse de suas terras tradicionalmente ocupadas. A Constituição de 1934, determinou que se respeitasse, no seu art. 129: "A posse de terras dos silvícolas, que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las."

Manteve a Constituição de 1937, esse mesmo entendimento. Reza o seu art. 154 que "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes vedada a alienação das mesmas."

A Constituição de 1946, no art. 216, impôs, igualmente, o respeito à posse das terras indígenas: "Será respeitado aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados com a condição de não a transferirem."

A Constituição de 1967, no seu art. 186, assegurou também "aos silvícolas a posse das terras que habitam".

Finalmente, a Constituição de 1969, manteve a mesma previsão disposta no art. 198: "As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a sua posse permanente e ficando reconhecido seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes."

A lei 6.001/73 (o Estatuto do Índio) no art. 65 prevê que "O poder executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas."

Apesar de toda essa proteção legal-constitucional, o direito originário dos povos indígenas sobre suas terras jamais foi respeitado. Redução, extinção e não-demarcação das terras indígenas sempre caracterizou a política indigenista oficial.



Acima dessa proteção, sempre esteve o interesse do sistema capitalista, presente no processo de colonização aliado aos propósitos do Estado brasileiro.

Como observou-se, a partir das ações do Estado, que não apenas buscou tutelar esses povos, como lhes ofereceu uma 'cidadania' que, sob o manto ambíguo da emancipação, na verdade significava condenar os povos indígenas a um embate desigual com os interesses antiindígenas, acabando com suas terras coletivas e, portanto, com suas perspectivas de sociedade, culturalmente diferenciadas. Apesar do problema não ser novo, surgiu com a estruturação da colônia e vem até a atualidade, de formas diferenciadas, mas sem uma ampla e efetiva solução para a questão indígena frente ao Estado. Faz-se necessário uma definição teórico-prática para a situação do índio na sociedade brasileira. Isso é fundamental na recente instauração do processo democrático no Brasil, para sua consolidação e ampliação, numa ampla dinâmica social, que as minorias étnicas subjugadas possam construir suas perspectivas numa definida elaboração democrática.

Os povos indígenas constituem, hoje, para o Brasil, a referência para o que se quer efetivamente construir como democracia. Ou supera-se a idéia de ser um País monoétnico e unissocietário e assume-se a realidade pluriétnica e multicultural, possibilitando as reais condições internas para os indígenas se beneficiarem dessa decisão, podendo, finalmente, viver de acordo com seus valores, crenças e instituições político-jurídicas. Esse direito à igualdade e à diferença, definido num referencial político-jurídico, no qual a diferença dá-se não como um privilégio, mas como uma permanente reivindicação.

## **2 A ORDEM CONSTITUCIONAL, ESTADO E DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS**

Tendo em vista a perspectiva plural das práticas sociais e jurídicas dos povos indígenas para os parâmetros no estabelecimento das bases nas relações com o Estado brasileiro, que tem uma tradição centralizadora do Direito, analisa-se a determinação desses povos em resistirem ao propósito assimilacionista estatal, contrapondo-se através da sua permanente organização político-jurídica, esta, alicerçada em suas crenças, tradições e valores que antecederam à criação deste País.

### **2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, contém um capítulo sobre os direitos indígenas (Capítulo VIII – Dos Índios, do Título VIII – Da Ordem Social, arts. 231 e 232), além de outros nove dispositivos que estabelecem outros direitos dos povos indígenas. Essa previsão representa uma inovação na história constitucional do Estado brasileiro. É a primeira vez que uma constituição estabelece os elementos jurídicos para as bases de relacionamento com as populações indígenas.

Destaca-se que esse avanço constitucional não foi mera concessão dos parlamentares constituintes, estando todos conscientes da necessidade do Estado alterar o comportamento e passar a respeitar a diversidade étnico-cultural sempre presente na história do País. O sucesso da inclusão dos direitos dos povos indígenas no novo texto constitucional deu-se em função da firme atuação de várias pessoas, organizações e entidades. Os índios e suas organizações realizaram destacada atuação durante o processo da Assembléia Nacional Constituinte, que será objeto de reflexão no capítulo seguinte, ao tratar-se do exercício da cidadania indígena.

Soma-se a essa mobilização indígena, a atuação de várias organizações/ entidades de apoio à causa indígena, que realizaram inúmeras atividades, dentre

elas, apoio e assessoria aos indígenas, atuação junto aos constituintes para informar-lhes a respeito da real situação das populações indígenas. Num primeiro momento, até agosto de 1997, consegue-se significativa vitória com a aprovação pela Comissão da Ordem Social de um texto que contempla as primeiras reivindicações dos índios e das entidades de apoio. Essas previsões não agradaram as forças anti-indígenas de plantão. Daí seguiu-se a reação para alterar o texto aprovado pelas constituintes. Nesse sentido discorre Fábio A. dos Santos:

“A FUNAI, pelo seu Presidente, Romero Jucá Filho, o CSN, pelo General Boyma Denis, as mineradoras, sobretudo, não gostaram do texto aprovado. O relator da Comissão de Sistematização, Bernardo Cabral, dispensando qualquer justificativa, desconhece por completo o texto aprovado na Comissão de Ordem Social e apresenta em seu substitutivo um texto em conformidade com as teses definidas pelo CSN e mineradoras. A FUNAI distribui o documento entre os constituintes, apoiando o relator. Por tal proposto, seria terra indígena apenas aquelas ocupadas permanentemente pelos índios; a comunidade que tivesse seu território invadido não mais poderia reconquistá-lo. As empresas particulares, com autorização do Congresso Nacional, poderiam explorar minérios em áreas indígenas. Os índios passariam a ser, civilmente incapazes. Isto é, a FUNAI poderia agir em tudo, sem precisar ouvi-los. Os índios ‘aculturados’ perderiam todos os seus direitos de índios.”<sup>1</sup>

Segue-se ao substitutivo de Cabral, uma violenta campanha contra o CIMI — Conselho Indigenista Missionário —, que na época era a entidade de apoio à causa indígena com maior estrutura e poder de intervenção, patrocinada pelos principais jornais do País, principalmente ‘O Estado de São Paulo’. Objetivava influenciar os constituintes que a defesa dos direitos indígenas acobertava interesses internacionais quanto às riquezas das áreas indígenas, destacadamente, as na região amazônica e que o CIMI seria um intermediário nessa estratégia. Segundo Fábio A. Dos Santos, as consequências desses fatos ocorreram da seguinte forma: “O Congresso Nacional, ante a escandalosa repercussão da denúncia, instaurou uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para apurar as denúncias. O relatório da CPI concluiu pela absoluta improcedência das acusações. O jornal publicou a resposta do CIMI. Bernardo Cabral, porém, já havia publicado o seu substitutivo.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> SANTOS, Fábio Alves dos. *Direito agrário: política fundiária no Brasil*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 206.

<sup>2</sup> SANTOS, Fábio Alves dos. *op. cit.*, p. 207.

Apesar do substitutivo, da campanha nos jornais, da CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito, houve uma reaglutinação das citadas forças pró-índios que estabeleceram novas estratégias, conseguindo a adesão dos constituintes de centro-direita. O resultado dessa mobilização foi a referida inclusão dos amplos direitos indígenas na nova Constituição Federal.

A partir do disposto na Constituição inverte-se a postura da então política indigenista oficial. Não é mais o índio que necessita entender e incorporar-se à sociedade brasileira, mas sim, esta deve buscar entender os valores e concepções étnico-culturais de cada povo indígena localizado no Estado brasileiro. O Estado deve oferecer condições para que a sociedade brasileira obtenha mecanismos de compreensão para relacionar-se com as sociedades daqueles povos. Estabelece os novos parâmetros jurídico-políticos que constituem as bases na relação do Estado brasileiro com os povos indígenas. Determina como deve dar-se a política indigenista. Dispõe o art. 231 da Constituição Federal de 1988: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-los, proteger, fazer respeitar todos os seus bens.”.

O respeito à especificidade étnico-cultural estende-se a todos os bens indígenas, tanto os de natureza material — riquezas naturais, patrimônio e integridade física dos membros dos povos indígenas, quanto os de natureza imaterial — valores culturais e morais. A Constituição assume, o que é fundamental, que não constitui, nem outorga direitos aos índios, mas sim os reconhece. Reconhece o que já existia anteriormente à criação do Estado brasileiro. Estabelece e garante que cada povo indígena possa, finalmente, viver de forma plena, de acordo com suas convicções e valores.

### 2.1.1 Terras indígenas

Pela Constituição de 1988 (art. 20, XI), as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são consideradas propriedades da União, integram, assim, o patrimônio público. São destinadas à posse permanente dos índios (art. 231, § 2º da

---

Constituição vigente) e são também inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º). As terras reconhecidas como de ocupação tradicional indígena são de exclusivo uso dos membros dos povos indígenas. Há expressa proibição de alienação e de mudar sua destinação.

Essa reafirmação constitucional do resguardo da posse das terras indígenas ao índio é fundamental quando se considera toda a expropriação ocorrida nestes quase cinco séculos, conforme análise no capítulo anterior. Não há prescrição para o exercício do direito dos índios sobre suas terras. No tocante ao parágrafo 6º do art. 231: "São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo."

Considerando-se o capitalismo como o sistema político-econômico do Estado brasileiro, que tem como valor maior a propriedade/produção, constitui-se de suma importância esse mandamento, pois declara a nulidade do domínio, ou seja, atos que há dezenas, centenas de anos haviam declarado a propriedade de terras, obedecendo os requisitos formais da lei, levados a registro sob o olhar da 'fé pública', são considerados extintos, a partir do momento que se reconhece ser essas terras de ocupação tradicional indígena.

O eminente defensor dos direitos das populações indígenas, Dalmo de A. Dallari, afirma que a terra constitui para esses povos a objetiva possibilidade de continuarem vivendo enquanto tal, ou seja, de acordo com suas tradições, valores e organização social, jurídica, política e econômica. Analisando o caso de sua comunidade indígena no Estado do Mato Grosso do Sul, comenta que

"(...) no dia 03 de maio de 1994 o Tribunal Regional Federal sediado em São Paulo decidiu, por unanimidade, restabelecer os direitos dos índios. Em voto magistral do juiz Fauze Achôa, integralmente acolhido pelos demais julgadores, dois pontos foram afirmados com muita clareza e solidez:

Em primeiro lugar, as terras ocupadas por índios são propriedade da União, que por exercer a soberania sobre todo o território nacional tem precedência sobre qualquer outro interessado. Por tal motivo suas terras não podem ser objeto de pretensões possessoras ou reivindicatórias de particulares, que deverão pedir indenização se julgarem que sofreram algum prejuízo legal.

A par disso, foram acentuados os objetivos humanos e sociais da proteção constitucional às comunidades indígenas. Como bem salientou o acórdão, 'se os índios forem condenados a estar afavelados e fora de suas terras, por certo desaparecerão como grupo étnico e cultural'.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Justiça para os índios. In: *Folha de São Paulo*, de 26/07/1994, p. 1-3.

No que tange à ocupação tradicional e permanente das terras pelos indígenas no Brasil e o direito originário sobre elas, prevista no art. 231 e seus parágrafos, o constitucionalista José A. da Silva considera que

"(...) a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial, não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual é que emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível como reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas. Nem tradicionalmente nem posse permanente são empregados em função de usucapião imemorial em favor dos índios (...) porque os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o indigenato. (...) As expressões tradicionalmente ocupadas e habitadas em caráter permanente revelam a especificidade do modo que cada povo relaciona-se com as terras que habita segundo seus usos, costumes, tradições. Ocorrem assim que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam, etc."<sup>4</sup>

Cada um dos cerca de cento e oitenta povos que sobreviveram ao genocídio praticado nessas terras, tem uma forma própria de se organizar, um modo específico de se relacionar com a terra, uns mais sedentários, outros que prezam pelos deslocamentos. Na parte meridional do País, tem-se, como exemplo, os povos *Kaingang* e *Guarani*, sendo que os primeiros aproximam-se daquela característica, enquanto que o outro vivencia essa forma. A Constituição garante essa especificidade na garantia do direito às suas terras.

Diante da refletida usurpação que sofreram as população indígenas, Fernando do C. Tourinho Neto esclarece que "(...) os indígenas detêm a posse das terras que ocupam em caráter permanente. Certo. Todavia, se provado ficar que delas foram expulsos à força ou não, não se pode admitir que tenham perdido a posse, quando sequer, como tutelados, podiam agir judicialmente; quando sequer desistiram de tê-la como própria."<sup>5</sup>

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Terras Tradicionalmente Ocupadas pelas Índios. Os Direitos e Indígenas e a Constituição.** Porto Alegre : S.A FABRIS/NDI, 1993, p. 47 e 48.

<sup>5</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os Direitos Originários dos Índios sobre as Terras que Ocupam e suas Consequências Judiciais. In **Os Direitos Indígenas e a Constituição.** Porto Alegre : S.A Fabris/NDI, 1993, p. 20.

Desse modo, além da forma étnico-cultural que determinado povo detém sua posse, que caracteriza sua ocupação tradicional, deverá se demonstrar que certo povo indígena não vem ocupando permanentemente seu território em função de que, contra sua vontade, foram expulsos dali e, assim, impedidos de utilizarem-se dessas terras.

Diante de diferentes entendimentos no meio indígena e indigenista quanto à importância relativa ou imprescindível da caracterização jurídico-constitucional da terra indígena enquanto de ocupação tradicional e permanente, é oportuno proceder-se a algumas considerações.<sup>6</sup>

Além da citada previsão constitucional, a Lei nº 6001/73 — Estatuto do Índio — prevê ainda as modalidades de terras indígenas 'reservadas' pelo Estado para os índios e as de 'domínio' dos índios. Dispõe também a referida lei, no art. 26, a seguinte ressalva: "As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas." Fernando da C. Tourinho alerta para as diferenças essenciais que há entre as modalidades de terras indígenas:

"(...) não se deve confundir, por fim, área reservada e terra de domínio das comunidades indígenas com terras ocupadas pelos silvícolas. Estas são fruto da posse imemorial. As reservas são terras estabelecidas pela União, independentemente de terem sido, ou não ocupadas pelos índios. Não estão sujeitas, assim às regras estabelecidas na Constituição para a posse imemorial. As terras de domínio indígena são as adquiridas pelo índio ou pelos grupos tribais. São terras particulares."<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Notadamente no ano de 1997, acentuou-se as divergências referentes à compreensão constitucional e ao direito dos Guarani Mbya no estado do Rio Grande do Sul à ocupação de suas terras. De um lado agregava-se membros e assessoria jurídica do COMIN, antropólogos da UFRS, membros da ANAI, representantes do Ministério Público Federal e lideranças guarani. Argumentavam, alegando o caráter de urgência e ausência de vestígios da ocupação tradicional, que o mecanismo para viabilizar as demarcações das terras desse povo seria a desapropriação das terras de particulares para destinação de interesse público — os índios, como categoria social merecedora de amparo específico do poder público —. Contrários a esse entendimento e cientes da gravidade da efetivação das demarcações das terras indígenas através desta modalidade — áreas reservadas pelo Estado para os índios — o CIMI e sua assessoria jurídica, as lideranças indígenas integrantes de comunidades indígenas no RS e participantes do CAPOIBE e da APOIS, afirmavam que deveria concentrar-se todos os esforços — jurídicos, históricos, antropológicos — nas demarcações através da modalidade 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios'. Entendia-se que diante das extremas dificuldades nas demarcações das terras indígenas deste País, o mais apropriado seria deixar que a FUNAI e os setores antiindígenas contratassem antropólogos e historiadores aliados aos advogados para justificarem a ausência da ocupação tradicional dos Guarani Mbya nas suas contestações.

<sup>7</sup> TOURINHO Neto, Fernando da Costa, op. cit., p. 39.

Estar fora da proteção constitucional, não buscar-se a caracterização da ocupação tradicional, permanente, significa que as populações indígenas são suscetíveis de remoções compulsórias, etc. Determinada gleba distribuída a uma comunidade indígena em função de interesse social, poderá esta ser retirada a qualquer momento, em razão de ser um interesse social mais relevante aos olhos do sistema vigente.

Por dificuldade que a lei impõe ou por outras questões pontuais, que possam levar determinado povo indígena a abdicar de seu direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupa, estar-se-á contribuindo eficazmente para que o Estado não mais 'reconheça' o direito da comunidade e passe apenas a 'conceder' direitos oriundos exclusivamente das instituições jurídico-políticas oficiais. Prestar-se-á grande ajuda para a negação do que é fundamental e, à árdua luta, reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro: a existência de direitos que antecedem a criação do Estado brasileiro.

Tem-se aprofundado as diferenças nos fundamentos jurídico-constitucionais existentes entre a posse indígena e a posse civil. Aquela está alicerçada no direito originário, no intuito do indigenato, sendo muito mais ampla. Reconhece a Constituição, assim como já o fazia desde 1680, o Alvará Régio que reconhecia o direito originário das populações indígenas sobre suas terras. Direito esse que precede o Direito estabelecido pelo Estado. Dessa forma, não há como igualar a posse indígena à posse civil.

É no direito originário que assenta-se o instituto do indigenato. De acordo com o elucidado jurista João Mendes Jr., esse instituto já pertencia ao direito luso-brasileiro desde 1680, com o já refletido Alvará Régio, que reconheceu os índios como senhores primários de nova terra ocupada pelos portugueses, já que havia posse imemorável, territorial congênita. Está esse instituto recepcionado e incorporado pela nova ordem constitucional. "(...) relativamente aos índios estabelecidos não há uma simples posse, há um título imediato de domínio a reconhecer o direito originário e preliminarmente reservado."<sup>8</sup>. Reitera José A. da Silva a interpretação de João Mendes Jr.: "É que conforme ele mostra, indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é fonte primária

---

<sup>8</sup> MENDES JR, João. op. cit., p. 59.



e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é a ocupação por si (...), porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário.”<sup>9</sup>

À guisa de conclusão, José A. da Silva e Fernando da C. Tourinho Neto afirmam, no tocante às diferenças entre posse indígena e posse civil: “(...) a relação entre a indígena e suas terras não se refere pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da ordem puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat.”<sup>10</sup>; e, “(...) O conceito de posse civil não lhe pode ser aplicado. A posse deles é imemorial dentro de uma visão sociológica e antropológica.”<sup>11</sup>

Dessa maneira, não se confunde a posse indígena com a posse civil, aquela está fundamentada na posse tradicional, como forma de aquisição de direito originário, que transcende a posse civil, onde a terra desempenha um papel fundamental no desenvolvimento e existência de um povo, ao contrário dessas, onde as relações de direito encontram limitações na ordem civil por ser simples ocupação de natureza econômica individual. Agasalha a Constituição o reconhecimento desse direito a toda a população indígena de estar em suas terras que sempre tradicionalmente ocuparam. Concluem-se também que não há possibilidade de vincular o direito dos índios à ocupação de suas terras ao registro de título imobiliário, e mesmo que o perderam em virtude de não-índios terem efetivado essa formalidade legal. Nessa perspectiva explicam os mencionados autores que

“A transcrição no Registro de Imóveis não expunge os vícios. Não dá validade ao ato. (...) Se aos índios é assegurada a posse permanente – sem limite temporal – das terras que ocupam – posse no sentido civilista – terras essas da União, não há como perdê-las para terceiros, ainda que estejam estes de boa-fé.”<sup>12</sup>

“(…), em qualquer hipótese, suas terras lhes pertenciam em função do direito à reserva, fundada no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogada, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro.”<sup>13</sup>

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 48 e 50.

<sup>10</sup> idem, p. 49.

<sup>11</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. op. cit., p. 16.

<sup>12</sup> Idem, p. 38.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso do. op. cit., p. 48

No que tange ao procedimento demarcatório das terras indígenas, considera-se inicialmente a previsão legal da Lei nº 6.001/73, no art. 65, que estabeleceu um prazo de cinco anos para que a União promovesse a demarcação de todas as terras indígenas. Impõem-se novamente ao poder federal a demarcação das terras indígenas, agora por ordem constitucional. Dispõe a Lei Maior, Art. 231 – “(...)”, competindo a União demarcá-las (...).”; e, Art. 67 (ADCT) – “A união concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de 5 anos a contar da promulgação da Constituição.”.

Infelizmente o poder público não cumpriu esses mandamentos, assim como hoje está distante de cumpri-los, conforme verificar-se-á no último item desse capítulo. Apesar de tal previsão, o direito dos índios sobre suas terras independe da demarcação, que é mera providência administrativa com o objetivo de especificar os limites de determinada terra indígena, mas não de estabelecer ou não direitos.

### 2.1.2 Usufruto exclusivo

Além do resguardo constitucional do direito dos índios à posse permanente de suas terras, o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos existentes nessas terras, também lhes é garantido. Isso significa que somente as populações indígenas têm o direito de usar as riquezas existentes no solo, rios e lagos. A caça e pesca, a coleta de fundos, o plantio, a garimpagem, são atividades inerentes ao usufruto, que só podem ser praticadas pelos índios. Existem duas exceções ao usufruto exclusivo dos índios. A primeira refere-se à venda de madeira, resultante de árvore natural, por ser considerada parte integrante do imóvel. A outra relaciona-se às riquezas do subsolo.

### 2.1.3 Restrições aos direitos patrimoniais dos índios

As garantias constitucionais referentes às populações indígenas têm seus limites. A primeira restrição refere-se às riquezas minerais do subsolo e à possibilidade de aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos. Apesar de não constituírem usufruto exclusivo das comunidades indígenas, a

Constituição estabeleceu mecanismos rigorosos para a concessão dos pedidos de exploração dos minerais, dos recursos hídricos e potenciais energéticos:

- a) autorização do Congresso Nacional;
- b) prévia audiência das comunidades indígenas afetadas;
- c) condições específicas para o desenvolvimento das atividades;
- d) participação nos resultados da lavra.

A inovação nesta previsão constitucional reside que a autorização para essas atividades são, agora, de competência, do legislativo. Destaca-se a exigência de prévia audiência das comunidades indígenas como inquérito para o deferimento do Congresso Nacional. Apesar da ausência de esclarecimentos constitucionais e da falha de legislação complementar para informar quanto aos objetivos dessa audiência, percebe-se que busca-se consultar a comunidade a respeito de sua opinião e entendimento quanto ao fato, assim como, considera o povo dotado de autonomia constitucional — análise efetivada no último capítulo.

Ao determinar, também, a Constituição, que essas atividades devam estruturar-se com condições específicas para o seu desenvolvimento, reside a preocupação constitucional nas especificidades étnico-culturais de cada povo atingido por essas explorações, que poderão desencadear uma série de interferências na comunidade, que deverão ser previstas antecipadamente para que se busque diminuir ao máximo prováveis distúrbios. Deverão os membros do Congresso Nacional obter o conhecimento das dimensões do empreendimento quanto a sua infra-estrutura e recursos humanos, o potencial hídrico-energético-minério, o tempo de duração da atividade e a dimensão territorial a ser objeto de exploração. Para tomar ciência do povo a ser afetado, deverá providenciar a feitura de laudo antropológico, com análise das prováveis conseqüências para a sua organização social.

Há ainda a imperiosidade de haver um controle dos não-índios na terra indígena quando da execução das tarefas: movimentação na área, saúde e conscientização a respeito daquele povo. É imprescindível para tal o acompanhamento antropológico.

Quanto ao dispositivo para que ocorra participação da comunidade nos resultados da lavra, o percentual e a forma do mineral — beneficiado ou em estado bruto — dependem ainda de definição na inexistente legislação complementar. Dessa forma, limita a Constituição o poder de representação do Congresso Nacional, pois impõe o cumprimento dessas exigências, sob pena de nulidade de possível autorização.

Quanto à segunda restrição, a remoção de grupos indígenas de suas terras, a exemplo dos recursos hídricos e mineração, deverá ser autorizada pelo Congresso Nacional. Esta possibilidade está restrita aos casos de catástrofes epidêmicas que coloquem em risco determinada comunidade indígena. Nesse caso, a autorização da legislação Federal pode ser concedida após a remoção, considerada a eventual urgência de ação da administração pública.

Na hipótese de interesse da soberania do País, a remoção da comunidade indígena dar-se-á posteriormente à deliberação do Congresso. Frustou-se a perspectiva da remoção de comunidade indígena estar sob a responsabilidade do Presidente da República, ouvido os órgãos de segurança nacional e os setores militares. Possibilidade que manteria a população indígena na insegurança de perder suas terras, sem saber os motivos e o seu destino. Ressalta-se que a remoção tem caráter temporário. Em qualquer das hipóteses a administração pública deverá providenciar o retorno imediato da população removida tão logo cesse o risco.

No que tange à terceira previsão constitucional de restrição ao direito patrimonial indígena, inseriu-se uma exceção à regra contida no § 6º do art. 231, que determina a nulidade de atos alheios aos índios e que incidam nas terras e riquezas. Restringiu-se essa exceção aos atos de relevante interesse público da União. Assim, frustrou-se a possibilidade de validação de atos das Unidades da Federação dos Municípios e de particulares.

Os atos de relevante interesse público da União que visem a posse e ocupação ou o domínio de terras indígenas, deverão ser discriminados em legislação complementar. Esse e os demais dispositivos referentes aos direitos indígenas ainda não foram regulamentados. Entende-se que, enquanto ocorrer tal

omissão, nenhum ato em atividade prevista na Constituição Federal poderá ser desenvolvido em terras indígenas.

## 2.2 PROJETO DE LEI DO ESTATUTO DAS SOCIEDADES INDÍGENAS E CONVENÇÃO 169 DA O.I.T. — ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Apesar da refletida importância que representa a Constituição Federal para os povos indígenas, há a necessidade de vários dispositivos serem regulamentados por Lei Complementar. Assim também essa nova legislação será instrumento para substituir a Lei nº 6.001/73 — O Estatuto do Índio, o Decreto nº 1775/96 — dispõe sobre o procedimento da administração para demarcação de terras indígenas, artigo do Código Civil, todos inconstitucionais, conforme analisar-se-á no item 2.2.

Foram encaminhadas ao Congresso Nacional quatro propostas para o novo Estatuto das Sociedades Indígenas. Três como projetos de lei e um documento proposto por organizações indígenas. O primeiro projeto de lei foi encaminhado pelo ISA — Instituto Socioambiental, então NDI (Núcleo de Direitos Indígenas), em novembro de 1991. Em seguida, a FUNAI apresenta a proposta do Governo Federal em novo projeto de lei. Em março de 1992, o Conselho Indigenista Missionário — CIMI, apresenta um terceiro projeto de lei. Para análise de tais projetos, foi criada na Câmara dos Deputados, uma Comissão Especial.

Realizaram-se quatro audiências públicas promovidas pela Comissão Especial durante o ano de 1992. Na primeira, foram ouvidos o CIMI, a FUNAI e o NDI, que apresentaram suas propostas à Comissão. Na segunda, ocorrida em conjunto com a Comissão de Meio Ambiente, Consumidor e Minorias, onde estiveram presentes 350 lideranças de inúmeros povos indígenas que entregaram sua proposta ao novo Estatuto. Na terceira, em maio, ocorreu o debate sobre 'terra indígena'. Na última, em junho, discutiu-se a matéria 'aproveitamento de recursos hídricos e exploração de recursos minerais em terras indígenas'.

Até o mês de maio de 1993, a relatoria da Comissão Especial era ocupada pela Deputada Teresa Jucá, que já havia apresentado seu substitutivo à Comissão. A partir desse período o relator passa a ser Luciano Pizzato. O Deputado solicita

propostas das entidades civis, dos Ministérios da Saúde, Justiça, Minas e Energia e da Secretaria de Assuntos Estratégicos. Os autores dos projetos de lei e representantes do Ministério Público Federal, realizaram vários debates sobre temas polêmicos como, por exemplo, tutela, mineração e demarcação de terras indígenas, com o objetivo de propor emendas de consenso.

O Deputado relator Pizzato apresenta seu substitutivo, que é aprovado pela Comissão Especial em 29 de julho de 1992. O projeto iria para votação no Senado caso não houvesse recurso de 50 parlamentares para ir ao plenário da Câmara. Entretanto, o atual Presidente da República, antes da sua posse, solicitou à sua base parlamentar que requeresse a discussão do projeto do novo Estatuto pelo plenário da Câmara. Artur da Távola, hoje senador, organiza um recurso assinado por mais de cinquenta deputados, realizando o desejo do novo governo. Esse recurso não foi votado pela Câmara até hoje.

A causa deve-se à agenda do Governo no Congresso, que não tem interesse em incluir essa matéria. Sabe-se que o texto apresentado na Comissão Especial tem sido submetido à análise de todos os ministérios de onde já saíram objeções, que certamente converter-se-ão em emendas a ser apresentadas na Câmara ou no Senado.

Caso o citado recurso for aprovado, ocorrerá a nomeação de relator de plenário e será aberto prazo para apresentação de emendas. Se o recurso for rejeitado, o projeto vai ao Senado, onde emendas podem ser oferecidas. Havendo e sendo aprovadas as emendas o projeto retorna à Câmara para aprovação final. Para essa tramitação, o projeto fica à mercê da vontade do Governo, que tem demonstrado total desinteresse. A única alternativa para isso, é que o recurso seja discutido em regime de urgência, que se aprovado, deflagra a possibilidade de apresentação de emendas. Diante das inúmeras forças antiindígenas de plantão, corre-se o risco de perder o controle, em função do provável grande número de emendas contrárias aos direitos indígenas. Este projeto de lei é organizado em oito títulos e esses em vários capítulos.

O primeiro título trata dos princípios que a lei deve atender, dos conceitos de índios, comunidade e sociedade indígena. No caso, o novo Estatuto regula a situação dos índios, comunidades e sociedades indígenas e tem como propósito a

proteção e o respeito à organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e todos os bens dos índios.

Esses princípios condicionam a aplicação de leis, a elaboração e execução de planos de defesa nacional, o ordenamento territorial, o desenvolvimento econômico nacional e regional, que afetem os índios. A proteção e execução da política de assistência aos índios é de responsabilidade da União, para o qual podem colaborar Estados e municípios. Garante o direito aos índios de participarem de todas as instâncias que tratem de questões de seus interesses e que qualquer ato que atinja uma comunidade indígena só será válido se respeitar o costume e a tradição desse povo.

Destaca-se uma deficiência neste título. Refere-se ao termo aprovado 'Sociedades Indígenas', ao invés de 'Povos Indígenas'. Esse corresponde à real situação das populações indígenas, enquanto coletividade étnica e culturalmente diferenciada, por ser a vontade dos índios e suas organizações e, finalmente, por estar de acordo com a Convenção 169 da OIT, já aprovada pela Câmara dos Deputados e que será analisada no item 2.1.5. Enquanto que aquele termo incorpora apenas o sentido de agrupamento, comunhão de interesses/objetivos de um grupo de pessoas. Nesse sentido, denuncia, a entidade indigenista: "O Governo e as Forças Armadas também questionam o uso dos termos sociedades, povos e organizações indígenas. O Governo diz que, no texto, os dois últimos sequer são conceituados e o primeiro o é de forma obscura. Já o uso do termo Povo é inconveniente em razão do direito internacional. O Governo quer que todas essas palavras sejam retiradas do Projeto de Lei."<sup>14</sup>

Quanto ao registro ressalte-se a caracterização da natureza jurídica de direito público interno das comunidades indígenas, o que torna desnecessário o registro em cartório, para que possam existir legalmente.

O segundo título trata do patrimônio indígena e de sua administração. No patrimônio se inclui o direito originário às terras, ao usufruto exclusivo, o direito autoral, o direito sobre tecnologias, obras artísticas e inventos de criação das comunidades — propriedade intelectual. Cabe à comunidade indígena a

---

<sup>14</sup> Cf. CIMI. Projeto de Lei do Estatuto dos Povos Indígenas. Brasília, 1998. p 8.

administração de seu patrimônio, e se essa julgar necessário, cabe ao órgão indigenista ajudá-la na administração. Informa o CIMI<sup>15</sup> que o Governo Federal tem realizado manifestações contrárias ao direito autoral dos índios. Não aceita a existência de um direito formal dos índios sobre as obras intelectuais e de criação de espírito das comunidades indígenas. Denuncia que o poder atribuído ao órgão indigenista para estabelecer normas que regulamentem o sistema de cobrança, arrecadação e distribuição de direitos autorais indígenas, transborda o poder regulamentar, só atribuído ao Presidente da República pela Constituição Federal. Não aceita também o governo federal a imprescritibilidade do direito indígena sobre propriedade intelectual, alegando incompatibilidade com o sistema brasileiro e internacional sobre o tema.

O terceiro título trata dos bens, negócios e proteção. Nesse último assegura-se a validade dos atos e negócios entre índios e não-índios, desde que não tenham como objeto bens das comunidades indígenas e não causem danos ao índio, à sua comunidade ou sociedade indígena.

O ingresso de não-índio em terras indígenas depende de autorização das comunidades indígenas e de prévia comunicação ao órgão indigenista oficial. Concede ao órgão indigenista o poder de interditar temporariamente terras indígenas, proibir entrada de pessoas nessas áreas se comprovado prejuízo ou risco para as comunidades.

No que tange ao parágrafo 2º do art. 42, há uma falácia jurídica, que subverte toda a teoria da responsabilidade da administração pública. Admite-se que a administração responda por prejuízos que cause a particular e ao administrado. Nunca que venha responder por ato de particular contra particular, situação em que estará o índio ao manter negócios com terceiros. Na prática estar-se-á mantendo a tutela, ainda que de forma indireta, pois a União, para evitar que venha a responder por todos os danos causados por terceiros aos índios, agirá para impedir o negócio ou condicionar a realização do mesmo à sua aprovação.

Alerta o CIMI<sup>16</sup> que a Presidência da República tem questionado a legitimidade ativa dada às organizações indígenas, para a defesa de bens das comunidades indígenas, objeto de atos negociais entre índios e não-índios. Ainda

---

<sup>15</sup> Cf. Projeto de lei do Estatuto dos povos Indígenas op. cit., p. 10,11,12.



reclama da desproporcionalidade entre vedação de ingresso em terras indígenas e o direito de locomoção a qualquer cidadão assegurado no inciso XV do art. 5º da Constituição Federal. É ainda contra a vedação para que se conceda liminar em causas nas quais as comunidades indígenas sejam rés, sem a sua prévia audiência e a do Ministério Público. Questiona a incumbência da Polícia Federal em prestar apoio às organizações indígenas na proteção dos bens do patrimônio indígena e a integridade física e moral das comunidades indígenas. Finalmente, é contra que a Justiça Federal julgue os crimes praticados por índios.

No quarto título trata-se das terras indígenas e do procedimento demarcatório. Prevê a participação de representante do Estado onde a terra se localize, nas equipes técnicas de identificação, além da realização de audiência pública para conhecimento de governos estaduais e municipais em geral. Destaque-se a fixação de prazos para todos os atos e fases do procedimento. Destaca o CIMI<sup>17</sup> que o Governo Federal diz ser intrigante a disposição que declara independerem os direitos dos índios às terras que tradicionalmente ocupam de reconhecimento formal por parte do poder público. Recomenda supressão.

É contra o Governo Federal sobre a realização de audiência pública para dar-se conhecimento às populações locais, governo estadual e municipal da proposta de área formulada pela equipe técnica, que seria promovida pelo órgão indigenista, de preferência na região ou Estado da proposta de demarcação.

Questiona o Governo Federal também a possibilidade de interposição de mandado de segurança contra ato de autoridade pública quando não for atendido o pedido de demarcação, ou haver negligência ou retardamento no cumprimento de qualquer fase do procedimento. Não concorda o Governo Federal com a previsão de que as comunidades indígenas demarquem suas terras. E, por fim, recomenda a revisão de demarcações já realizadas, quando em excesso e desnecessárias.

O título quinto refere-se aos polêmicos aproveitamento de recursos minerais, hídricos e florestais em terras indígenas. Quanto ao primeiro, destaque-se que o projeto reconhece validade aos requerimentos de pesquisa e de lavra em terras indígenas protocolados no Departamento Nacional de Produção Mineral, antes da promulgação da Constituição de 1988. Quanto à autorização do Congresso

---

<sup>16</sup> CIMI. Projeto de lei do Estatuto dos Povos jurídicos op. cit., p.14.

Nacional, estabelece que ocorreria uma única vez, quando autorizasse pesquisa, estaria autorizando também a lavra.

Contrariamente ao que dispõe a Constituição, o projeto de lei fornece ao poder executivo a competência para definir todas as questões relativas à exploração mineral em terras indígenas, tornando a autorização do Congresso Nacional uma mera formalidade. Alerta o CIMI<sup>18</sup> que o Governo Federal denuncia como inconstitucional a regra que dá aos órgãos minerário e indigenista o poder de expedir normas peculiares. Duvida do direito dos índios de receberem renda por ocupação do solo de suas terras por empresa mineradora. É contra, também, que se obtenha anuência da comunidade indígena para fins de autorização da atividade mineral em suas terras. Por fim, o Governo Federal é contrário também à previsão da União pagar indenização à mineradora por despesas realizadas, caso a empresa não seja autorizada a realizar a lavra, ou ainda, por danos ao meio ambiente, para os quais não concorrer a empresa. Sobre os recursos hídricos, o Governo Federal entende não haver fundamento legal para que o poder público tenha que ressarcir as comunidades indígenas com novas terras e indenizá-los pelos impactos sofridos.

Quanto à exploração florestal, o Governo Federal sugere dois tipos de aproveitamento. O primeiro, livre para os índios, no caso de produtos que não seja a madeira. O outro, para o aproveitamento da madeira, sugere um novo ordenamento. No projeto há a permissão para os índios explorarem a madeira. A forma de exploração é muito complicada, que levará os índios à dependência de terceiros para realizar a exploração.

No título sexto trata da assistência especial, nela compreendendo a saúde, a educação e atividades produtivas. Na primeira, propõe um sistema de prevenção e de assistência que complemente as práticas da medicina indígena. O sistema seria o SUS — Serviço Único de Saúde —, que promoverá a saúde através dos Distritos Sanitários Indígenas. O Governo Federal quer mudanças. Admite a estruturação de um subsistema do SUS, que promova a saúde indígena.

No capítulo da educação, o projeto prevê a prestação de ensino ofertado aos índios pelos sistemas de ensino da União, Estados e Municípios. Propõe que no sistema da União se vincule ao Ministério da Educação uma Comissão Nacional de

---

<sup>18</sup> Cf. CIMI. Projeto de lei do Estatuto dos Povos Indígenas op. cit., p.18.

Educação Escolar Indígena e os Distritos de Educação Escolar Indígena. Contraditoriamente, recomenda que as escolas mantidas por Estados e Municípios passem para o sistema da União. O Governo Federal chama a atenção para o fato do ensino fundamental ser de responsabilidade dos municípios, não se recomendando que a União tenha professores nessa modalidade de ensino.

Quanto as atividades produtivas, o projeto fixa princípios para que as ações, programas e projetos voltados para as comunidades indígenas devem respeitar as especificidades étnicas e culturais de cada uma delas, não devendo gerar dependência tecnológica, e, só admitindo a interferência no processo de produção indígena quando a sobrevivência econômica do grupo estiver ameaçada, ou a pedido dos índios, com prévio diagnóstico socioeconômico ambiental.

No título sétimo, observa-se as normas penais, fixando como princípios os de que se respeite as instituições penais das comunidades, desde que as penas não sejam infamantes, cruéis e com pena de morte. No caso de infração penal cometida pelo índio contra não-índio, obrigatoriamente o juiz atenuaria a pena, devendo na sua aplicação considerar as peculiaridades culturais do réu. Neste título incorpora, entre os crimes praticados contra os índios, o genocídio, sem se referir diretamente ao termo, mas tipificando suas várias hipóteses de ocorrência. Além disso, criminaliza o uso do conhecimento indígena e dos recursos biogenéticos das áreas indígenas para fins comerciais e industriais, se não houver a autorização da comunidade indígena.

Discorre o CIMI<sup>19</sup> que o Governo Federal não concorda com a regra que manda atenuar a pena aplicada ao índio no crime cometido por este contra não-índio. Não acha ser conveniente que o índio cumpra pena de reclusão e detenção em local de funcionamento de unidade administrativa mais próxima do domicílio do condenado. Também considera inconveniente a tipificação como delituosa a conduta de autoridade pública que, tendo conhecimento de agressão ao direito indígena, não comunica ao órgão indigenista e ao ministério público.

O título oitavo e último, trata das disposições finais e transitórias, como o que obriga a União, os Estados e Municípios a adotarem medidas educativas que visem despertar o interesse coletivo para com a realidade indígena, o que determina

---

<sup>19</sup> Cf. CIMI. Projeto de Lei do Estatuto dos Povos Indígenas, op. cit., p. 21.

levantamento, pelo órgão indigenista, de todas as situações de exploração ilegal das riquezas existentes nas terras indígenas.

Busca-se demonstrar com a análise do projeto de lei do novo 'Estatuto das Sociedades Indígenas', a resistência do governo brasileiro em regulamentar o que dispôs a Constituição Federal há dez anos. Percebe-se que além de ter 'congelado' a sua tramitação, tem o governo a perspectiva de alterar substancialmente a versão aprovada na Comissão Especial da Câmara, fruto de anos de debates entre os autores dos três projetos iniciais, comunidades e organizações indígenas, Procuradores da República, juristas, antropólogos, parlamentares, etc.

A investigação da Convenção 169 da OIT — Organização Internacional do Trabalho, sobre povos indígenas e tribais em países independentes, se dá em função de que seus dispositivos vão ao encontro dos mandamentos da Constituição em vigor do Estado brasileiro. Essa convenção foi adotada pela 76ª Conferência Internacional do Trabalho da OIT em junho de 1989. Destaca-se da introdução da Convenção 169:

"(...) observou que em muitas partes do mundo estes povos não gozam dos direitos humanos fundamentais na mesma proporção que o resto da população, reconhecendo suas aspirações a assumirem o controle de suas próprias instituições, seu modo de vida e seu desenvolvimento econômico.

Os conceitos básicos da Convenção são o respeito e a participação. Respeito à cultura, à religião, à organização social e econômica e à identidade própria: a premissa de existência perdurável dos povos indígenas e tribais (a Convenção 107 presumia sua integração).

(...) A utilização do termo 'povos' na nova Convenção responde à idéia de que não são 'populações', mas sim 'povos' com identidade e organização própria. Esclarece-se que a utilização do termo 'povos' na nova Convenção não deverá ser interpretada em sentido que tenha alguma implicação no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a este termo no Direito Internacional.

(...) reitera-se que os povos indígenas e tribais deverão ter o direito de decidir suas próprias prioridades no que se refere ao processo de desenvolvimento, na medida em que este afete suas vidas, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.

(...) Deverão ser respeitados, por exemplo, os métodos a que esses povos recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos por seus próprios membros.

(...) É reconhecido o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser tomadas medidas para salvaguardar os direitos dos povos interessados de usar terras que

---

<sup>19</sup> Cf. CIMI. Projeto de lei do Estatuto dos Povos Indígenas, op. cit., p. 23.

não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tenham tido tradicionalmente acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Os direitos desses povos aos recursos naturais existentes em suas terras deverão ser especialmente protegidos, compreendendo o direito de participar do uso, administração e conservação desses recursos.

(...) Quando, excepcionalmente, a remoção e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só deverão ser efetuados com o seu consentimento, dado livremente e com pleno conhecimento de causa. Sempre que possível, esses povos deverão ter o direito de regressar às suas terras tradicionais tão logo deixem de existir as causas que motivaram sua remoção e reassentamento. Dever-se-á prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada em suas terras.<sup>20</sup>

Tão logo a Conferência da OIT adotou a Convenção 169, aprovou a 'Resolução sobre a ação da OIT concernente aos povos indígenas e tribais', que estabelece medidas em nível nacional e internacional destinadas a apoiar o cumprimento das obrigações estabelecidas na referida Convenção. A citada Convenção foi ratificada pelos países Noruega (junho de 1990), México (setembro de 1990), Colômbia (março de 1991) e Bolívia (julho de 1991). O Brasil a examina, para fins de ratificação. A tramitação para tal obedece o mesmo processo para elaboração das leis internas, seguindo o sistema bicameral, já foi aprovada na Câmara dos Deputados.

Contudo, seguindo o exemplo da resistência e tentativa de modificação do projeto de lei do Estatuto das Sociedades Indígenas, o Governo Federal, através de suas forças no Congresso, determinou a paralização da tramitação do processo de ratificação da Convenção 169. Alega que há dispositivos que se chocam com a Constituição do Estado brasileiro, assim, inconstitucionais. Como já observado, na sua exclusiva interpretação, eivada de inconstitucionalidade.

Considerando ainda elemento do Direito que estabelece garantias aos povos indígenas a ONU — Organização das Nações Unidas, através do Grupo de Trabalho, em sua décima sessão, da Comissão dos Direitos do Homem e da Subcomissão de luta contra medidas discriminatórias e proteção das minorias, elaborou o Projeto de Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas. Incorpora-se tal projeto por estar em consonância com as disposições da Constituição Federal do Estado brasileiro referentes aos direitos das populações indígenas.

---

<sup>20</sup> OIT. Convenção (169) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes. Genebra, 1989, p. 3 e 4.

As considerações do governo que circulam no Congresso Nacional, que certamente transformar-se-ão em emendas, demonstram seu objetivo de construir uma interpretação 'equivocada' dos mandamentos constitucionais em relação aos direitos indígenas, seguramente inconstitucionais. Desse modo, a definição de uma política indigenista, com uma efetiva atuação, que se dá através de previsões legais constitucionais, não compõe o programa de governo do atual Presidente da República e sua equipe.

### 2.3 ASPECTOS DA ATUAL REALIDADE INDÍGENA NO BRASIL

Considera-se 'atual realidade indígena' alguns aspectos relevantes na vida desses povos pós-promulgação da atual Constituição Federal, ou seja, de 05 de outubro de 1988, até o ano de 1997. Destaca-se os atos do poder público federal através de sua política indigenista, isto é, como tem se dado as relações do Estado brasileiro com os povos indígenas.

À distância existente entre a proteção constitucional aos povos indígenas e a legislação complementar, soma-se o enorme espaço que separa essa garantia da Lei Maior de sua efetivação na vida cotidiana dessas populações. Os índios no Brasil estão submetidos à grave situação política, econômica e social, que lhes ameaça a existência física e cultural. As violações aos direitos indígenas são freqüentes, causando-lhes danos à sua integridade física e ao seu patrimônio.

Vincula-se à impotência das populações indígenas diante de todo tipo de discriminação e expropriação (que caracterizam o aumento da violência, barbárie e a continuidade do etnocídio contra esses povos), a omissão e convivência do poder público com tal situação. Destaca a entidade indigenista :

"Como prova dessa desassistência registre-se que anualmente os recursos orçamentários da União, destinados a proteção e assistência aos índios, vêm sendo drasticamente reduzidos. O governo ano a ano envia projetos de lei ao Congresso Nacional com previsão inferior a 10% dos recursos solicitados pela FUNAI. Sequer são previstos recursos para que a Polícia Federal desempenhe seu papel na prevenção e repressão de crimes contra os índios, como é de sua função de acordo com o Decreto 73.332/1973, que dispõe sobre a competência do órgão. Para que a

polícia atue, a FUNAI tem que pagar diárias para seus agentes, o que frequentemente não é possível.”<sup>21</sup>

Inicialmente, investigar-se-á a situação jurídica das terras ocupadas, tradicionalmente, pelos povos indígenas. Reitera-se que a terra é imprescindível para a existência física e cultural dessas populações, sendo necessário a regularização das demarcações e a conseqüente proteção contra as invasões dos não-índios.

Segundo Márcio Santilli,<sup>22</sup> no governo do Presidente da República Fernando Collor de Mello, de janeiro de 1990 a setembro de 1992, foram “delimitadas” cinquenta e oito e “homologadas” cento e doze terras indígenas, totalizando uma extensão de 26.405.219 ha.

No governo do Presidente da República Itamar Franco, de outubro de 1992 a dezembro de 1994, ocorreram as “delimitações” de trinta e nove e as “homologações” de dezesseis terras indígenas, somando 5.432.437 ha.

O ano de 1995 é marcado pelo início do governo do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. No terceiro mês desse governo, março de 1995, o Ministro da Justiça Nelson Jobim anunciava a intenção do Executivo Federal em alterar o Decreto nº 22/91, que dispunha sobre o procedimento de demarcação de terras indígenas. O objetivo da alteração era incluir no procedimento demarcatório os princípios constitucionais do “contraditório” e da “ampla defesa” para os ocupantes das terras indígenas. Seriam objeto de revisão as terras demarcadas, exceto as que tivessem sido registradas em cartório e no Patrimônio da União. Dessa forma, justificava o Governo Federal a necessidade de alteração no procedimento demarcatório das terras indígenas pela alegada inconstitucionalidade do citado decreto.

Reunido em abril de 1995, com lideranças indígenas em Manaus (AM), o Presidente Fernando Henrique Cardoso, quando da assinatura de acordo de cooperação com a Alemanha para demarcação de terras indígenas na Amazônia, garantia que as terras indígenas seriam demarcadas, mas que enfrentaria problemas

---

<sup>21</sup> CIMI. Documento de Denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Brasília, 4 de dezembro de 1995, p. 2.

<sup>22</sup> Cf. SANTILLI, Márcio. As terras indígenas e o decreto 1775: Balanço e perspectiva. In: Documentos do ISA e Terras Indígenas no Brasil : um balanço da era Jobim. Brasília, 1997, p. 11.

para concluí-las, especialmente no Mato Grosso, Maranhão, Alagoas e Pará, admitindo que redefiniria o processo administrativo, assegurando, assim, os direitos de outros brasileiros.

Em maio do mesmo ano, o Ministro da Justiça Nelson Jobim, em audiência na Comissão de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, reafirma que alteraria o processo de regulamentação das terras indígenas. Na oportunidade, o ministro defendeu perante os parlamentares a redução dos limites das terras indígenas, considerados por ele como superestimados pelos governos anteriores.

A divulgação da provável nova política para a demarcação das terras indígenas provocou conseqüências aos povos indígenas como:

- a) invasão de terras indígenas;
- b) expansão das ocupações por parte de quem já se encontrava em território indígena;
- c) impedimento das comunidades indígenas ocuparem seu território;
- d) paralisia das demarcações devido ao aumento das pressões políticas.

Em função de demandas judiciais no Supremo Tribunal Federal, que pleiteavam a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 22/91 – alegava Nelson Jobim durante ano de 1995, que não poderia demarcar nenhum território indígena sob pena das demarcações serem anuladas pelo referido tribunal. Diante disso, estavam ainda mais vulneráveis os povos indígenas, expostos a toda sorte de violências contra suas vidas e seu patrimônio. Tem-se conhecimento que ocorreram invasões, em função do alarde sobre as alterações nas demarcações, nas seguintes terras indígenas: *Trincheira-bocejá*, no Estado do Pará; *Uru-eu-wau-wau*, em Rondônia; *Yanomami*, *Wai-wai*, *Macuxi* e *Wapixana*, em Roraima.

A situação das terras indígenas no ano de 1995, segundo o CIMI, era a seguinte:

"Das 554 terras indígenas conhecidas oficialmente no Brasil, 275 já estão demarcadas. Destas, 21 aguardam Decreto do Presidente da República de homologação da demarcação administrativa, 25 aguardam registro no Serviço de Patrimônio da União – SPU e no Cartório de Registro Imobiliário – CRI e 228 estão



registradas no SPU e no CRI. Das 279 terras indígenas ainda não demarcadas administrativamente: 143 aguardam a identificação de seus limites, com a reunião dos elementos de prova de ocupação tradicional; 44 estão sendo administrativamente identificadas; 28 aguardam a Portaria do Ministro da Justiça declarando os limites da terra tradicionalmente ocupada por um determinado povo ou por comunidades indígenas e determinando a demarcação administrativa da área pela Funai; 46 aguardam a efetivação da demarcação administrativa; 5 estão com a demarcação administrativa paralisada; e 6 estão sendo demarcadas.”<sup>23</sup>

No dia 05 de janeiro de 1996, o Presidente da República homologa as demarcações de dezessete terras indígenas localizadas nos Estados do Amazonas, Acre, Bahia, Pernambuco, Roraima, Pará, Mato Grosso e Rio de Janeiro. Esse ato caracterizaria, na verdade, a preparação da edição do novo procedimento de demarcação das terras indígenas. O Presidente Fernando Henrique Cardoso e o Ministro Nelson Jobim assinam, no dia 08 de janeiro de 1996, o Decreto 1775. Confirma o governo sua intenção, anunciada a partir de março de 1995, de possibilitar aos ocupantes de terras indígenas o uso do princípio do contraditório. As dezessete citadas homologações foram realizadas nessa oportunidade com objetivo de divulgar positivamente a imagem do governo e anular ou amenizar as reações contrárias ao novo Decreto.

Reitera-se que desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, aguarda-se a regulamentação de seus dispositivos. A aprovação do novo ‘Estatuto das Sociedades Indígenas’ e a ratificação da Convenção 169 da OIT, são os principais instrumentos dessa regulamentação para que o poder público e setores privados possam ter os parâmetros legais nas relações mantidas com as populações indígenas.

Apesar da, já refletida, resistência do Governo Federal em efetivar a regulamentação dos direitos indígenas, não imaginava-se que fosse capaz de atropelar a tramitação desses projetos de lei e elaborasse decretos para implementar sua política indigenista. Agrava-se a utilização de legislação revogada pela Constituição Federal no trato das questões indígenas, com a edição do Decreto nº 1775 de 06 de janeiro de 1996, eivado de inconstitucionalidade. Para caracterizar como no Estado brasileiro os detentores de poder público conseguem sobrepor as

---

<sup>23</sup> CIMI. Semana dos Povos Indígenas. Terra e Justiça para os Povos Indígenas. Brasília, 1996, p. 3.

pretensões particulares ao interesse público, analisar-se-á os acontecimentos que antecederam a edição do referido decreto.

Lideranças indígenas, através do CAPOIB — Conselho de Articulação dos Povos e Organizações Indígenas no Brasil — elaboram representação que solicita ao Ministério Público Federal para que este analise os dispositivos do Decreto nº 1775/96 e as condutas do Ministro Nelson Jobim:

"O atual Ministro de Estado da Justiça, quando estava no exercício de mandato eletivo, como Deputado Federal, elaborou, em 21 de setembro de 1993, parecer para o Governo do Estado do Pará, no qual concluiu que:

'Quanto à compatibilidade da Lei 6001/73 e do Decreto 22/91 com a Constituição de 1988, respondemos que as normas relativas ao procedimento administrativo contidas no Decreto 22, na medida em que não asseguram, aos atingidos por seus efeitos — particulares e órgãos públicos, inclusive Estado Federados —, o contraditório e a ampla defesa, entram em chamas com a Constituição de 1988.

Como consequência, os atos administrativos praticados com base em tal procedimento estão eivados de nulidade, porque não legitimados pelo sistema constitucional'."24

O Supremo Tribunal Federal negou o pedido por considerar descabida uma arguição de inconstitucionalidade sobre um decreto regulamentar. Ressalta a entidade indígena que o advogado-deputado cometeu transgressão disciplinar, por estar impedido pelo 'Estatuto do Advogado', de exercer atividade privativa de advocacia, contra ou a favor de pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido ressaltam Carlos A. Ricardo e Carlos F. M. Souza Filho: "Logo após assumir o Ministério da Justiça e, assim, por ironia do destino, estar encarregado da questão indígena, Jobim retomou a obsessão e declarou que não demarcaria uma única terra indígena enquanto não revogasse o Decreto 22 e, em seu lugar, pusesse novo procedimento que contemplasse o chamado princípio do contraditório."25

Em função do mandado de segurança impetrado pela Sattin S/A — Agropecuária e Imóveis, contra o Presidente da República, contra a demarcação da área indígena Sete Cerros (MS), onde questiona-se a inconstitucionalidade do Decreto 22/91, Nelson Jobim entende ser o momento apropriado para fazer valer sua derrotada tese jurídica. Voltam a denunciar os líderes indígenas:

<sup>24</sup> CAPOIB. Representação ao Procurador Federal dos Direitos do Cidadão da Procuradoria Geral da República, 14/03/1996, p. 16.

<sup>25</sup> RICARDO, Carlos Alberto e SOUZA FILHO, Carlos F. Marés. Decreto do Medo. In: *Folha de São Paulo*. 05/02/96, p. 1-2.

"Em todo este período a imprensa tem noticiado as reiteradas manifestações do Ministro da Justiça no sentido de externar sua convicção quanto à inconstitucionalidade do Decreto 22/91 e, conseqüentemente de todos os atos administrativos praticados na sua vigência. Ao agir desta forma, o Ministro da Justiça, Nelson Jobim, fez tábula rasa de um dos mais expressivos atributos do ato administrativo, qual seja o da presunção de legitimidade."<sup>26</sup>

O advogado-ministro passa a possuir, então, os mecanismo legais — edição do decreto — para ganhar a causa contra as demarcações das terras indígenas no Pará e, agora, somadas às do Mato Grosso do Sul e tantas outras, perdida quando advogado-deputado. No tocante a essa pretensa inconstitucionalidade do Decreto 22/91, Paulo de B. Antunes, Procurador da República, tece conclusões em parecer:

"O Decreto 22/91 é plenamente constitucional pois:

- a) como ficou demonstrado, em sua edição o Poder Executivo não invadiu qualquer área de atribuição do Congresso Nacional;
- c) não foi violado o princípio do contraditório e da ampla defesa estabelecidos pelo artigo 5º, LV da Lei Fundamental da República pois, tais princípios são válidos para o processo penal, processo fiscal tributário, como é antiga tradição no Direito Brasileiro;
- e) as novas medidas introduzidas no procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas são plenamente compatíveis com as leis vigentes no País e com a Constituição da República Federativa do Brasil."<sup>27</sup>

Analisar-se-á o novo Decreto que passa a partir de janeiro de 1996, a regulamentar o procedimento demarcatório das terras indígenas, substituindo o Decreto 22/91, sob falaciosas justificativas, para atender a interesses particulares, com inúmeras inconstitucionalidades. Reflete o governador do estado do Amapá, João Alberto Capiberibe: "Mais do que rever o processo demarcatório, o decreto 1.775 coloca novamente em discussão a relação que a sociedade nacional pretende estabelecer com os povos indígenas".<sup>28</sup> Na mesma direção, Dalmo de A. Dallari denuncia que

"(...) o Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996, que, além de conter inconstitucionalidades evidentes e de ser altamente danoso ao interesse público, está aterrorizando os índios. Esse decreto foi um presente do governo aos invasores ilegais, às madeireiras e às mineradoras clandestinas, bem como a

<sup>26</sup> CAPOIB. op. cit., p. 17.

<sup>27</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. A Demarcação das Terras Indígenas e a Constitucionalidade do Decreto n. 22/91. Mimeo, p. 19.

<sup>28</sup> CAPIBERIBE, João Alberto. Desenvolvimento e defesa das terras indígenas. In: **Folha de São Paulo**. 22/02/96, p. 1-2.

outras pessoas e entidades que destroem a natureza, sugam as riquezas minerais e se enchem de dinheiro, sem que nada disso traga qualquer benefício ao desenvolvimento das regiões e ao povo brasileiro.”<sup>29</sup>

Com a mesma preocupação, as lideranças indígenas, através de sua organização alertam que

“(…), por meio do novo decreto é aberta a possibilidade legal de regularização das terras indígenas com extensão reduzidas, devido ao asseguramento do pleito dos ‘interessados’. Isto porque, aplica uma inversão de superação irreversível e extremamente prejudicial, que trará implicações decisivas para o cumprimento dos prazos e acordos internacionais: ao invés do direito dos povos indígenas guiar o processo de demarcação, o pretense direito de terceiros e poderes públicos é que passam a determinar o curso das demarcações. Esse fato, imposto pelo novo decreto, deixa fora de controle todo o processo de demarcação, compromete planos, projetos e prazos, porque favorece pressões e tumultos pela via administrativa e, inclusive judicial.”<sup>30</sup>

Destacam-se alguns elementos do citado decreto para se analisar sua inconstitucionalidade e seus objetivos de inviabilizar novas demarcações e reduzir as terras já demarcadas. Ao admitir a possibilidade de contestações às demarcações já homologadas pelo Presidente da República, o decreto presume a ilegitimidade das administrações passadas. Com essa preocupação, afirma João A. Capiberibe: “Ademais, o decreto 1775 fere o princípio da irretroatividade ao permitir a revisão das demarcações já realizadas de acordo com os decretos anteriormente vigentes. A sua aplicação, portanto, acarretará mais um retrocesso nas demarcações, já ilegalmente atrasadas, além de acarretar também o desperdício de recursos públicos.”<sup>31</sup>

No mesmo sentido, reitera Dalmo de Alberto Dallari:

“O terror dos índios é justificado porque os civilizados brancos tinham dito a eles que seus direitos agora estavam garantidos pela Constituição. E eles acabam de saber que o Governo da República, que deve ser o principal defensor da Constituição, fez um decreto inconstitucional, anulando esses direitos. De fato, o decreto é inconstitucional, pois nenhuma norma legal pode ter efeito retroativo e, no entanto, ele diz que só serão válidas as demarcações já realizadas se tiverem atendido aos princípios nele fixados. Além de inconstitucional essa regra ‘seria

<sup>29</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Fleche da Justiça. In: *O Globo*. 31/01/96, p. 13.

<sup>30</sup> DOCUMENTO do CAPOIB entregue aos representantes do Banco Mundial. Brasília, 06/02/96.

<sup>31</sup> CAPIBERIBE, João Alberto. op. cit., p. 1-2.

engraçada se não fosse trágica', pois é óbvio que nenhuma demarcação anterior foi feita de acordo com as exigências que não existiam."<sup>32</sup>

Estabelece também o Decreto a presunção da legitimidade de titular, ocupação e de posse de terceiros contra o direito dos índios sobre suas terras. Nessa perspectiva explica o referido jurista: "(...) o decreto permite que os 'interessados' interfiram nos processos juntando os 'título dominiais', quando a Constituição diz que os títulos sobre terras ocupadas por índios 'são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos'."<sup>33</sup>

Permite o Decreto que as contestações às demarcações das terras indígenas sejam realizadas a qualquer momento e por diversas oportunidades, desde o início da identificação e delimitação da área até noventa dias após a publicação de seu relatório, fazendo com que esses trabalhos, destinados à comprovação da posse indígena se dêem sob grande pressão e tumulto. Nesse rumo questionam os mencionados autores que "(...). Os prazos dos procedimentos administrativos e mesmo judiciais costumam ser muito mais curtos. Por que então essa generosidade paga com o direito dos povos indígenas?"<sup>34</sup>

O Decreto abusivamente concentra a decisão nas mãos do Ministro da Justiça, somente ele pode definir se uma área é indígena ou não. Pode, inclusive, determinar o arquivamento do processo de demarcação não apenas por entender não caracterizada a ocupação tradicional indígena, mas também por outros motivos não especificados. Contém o Decreto grave omissão. Não prevê a possibilidade de revisão para aumento da área de terras indígenas insuficientes para a reprodução física e cultural dos índios, como previa o Decreto 22/91. Sepulta-se, por consequência, a solução de graves problemas de comunidades indígenas, como a do povo *Guarani-Kaiowa* no Estado do Mato Grosso do Sul, em que a extensão reduzida das áreas tem levado os seus membros ao suicídio e a outros danos sociais. Nessa direção complementa o referido governador que "Além disso, a extensão da terra demarcada deve levar em consideração o futuro aumento

<sup>32</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit., p. 3.

<sup>33</sup> idem, p. 3.

<sup>34</sup> RICARDO, Carlos Alberto e SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. op. cit., p. 1-2.

populacional dos grupos. Assim, mais do que assentar alguns milhares de índios, o que está em jogo é a sobrevivência e desenvolvimento dessas etnias.”<sup>35</sup>

Busca o mencionado decreto transformar em ‘letra morta’ os direitos indígenas dispostos na Constituição vigente, entregando aos interesses privados, o pouco que restou das terras indígenas. Nesse sentido, Dalmo de A. Dallari conclui que “Por tudo isso e muito mais o Decreto nº1775 foi uma terrível flechada, que poderá matar muitos índios, esperando-se do presidente da República sua imediata revogação, para o resguardo da imagem do Brasil.”<sup>36</sup>

O CIMI, através de seu relatório de ‘violência contra os povos indígenas no Brasil’, denuncia que as conseqüências do Decreto 1775/96 foram extremamente danosas para essas populações:

“Decreto 1775/96 faz com que invasões alcancem 109 casos. As invasões em terras indígenas visando ao domínio, à posse, à ocupação e à exploração das riquezas naturais cresceram 95% no ano de 1996. As agressões somaram 109 (cento e nove) ocorrências e foram praticadas em 58 (cinquenta e oito) terras indígenas, perfazendo a média de 2 (duas) invasões para cada território. Pode-se acentuar que esses números de 1996 representam fato histórico inédito e extremamente danoso, afetando cerca de 86 (oitenta e seis) povos indígenas e 1 (uma) organização indígena em 9 (nove) Estados do Norte e Centro Oeste do país. Os agentes das agressões foram cerca de 31 (trinta e uma) mil pessoas que ingressaram em terras indígenas, de forma furtiva, violenta ou ameaçadora, com a finalidade de ocupá-las em caráter permanente ou temporário.”<sup>37</sup>

Destaca o relatório que os autores dos crimes contra o patrimônio indígena são garimpeiros, madeireiros, grileiros, fazendeiros, posseiros e lideranças políticas locais. Os principais crimes são exploração ilegal, furto e roubo de madeira, esbulho possessório, garimpagem de ouro, pesca ilegal, exploração ilegal de produtos de extrativismo vegetal, caça ilegal, danos ambientais, e mineração ilegal. Enfatiza a entidade indigenista que “As invasões de terras indígenas e os 14 (catorze) tipos de agressões contra o patrimônio daí decorrentes alcançaram número 164% maior que o verificado em 1995”.<sup>38</sup>

Reflete-se que houve uma restrita preocupação do Governo Federal na sua política indigenista durante os anos de 1995 e 1996, centralizada na alteração das

<sup>35</sup> CAPIBERIBE, João Alberto. op. cit., p. 1-2.

<sup>36</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit., p. 3.

<sup>37</sup> CIMI. A violência contra povos indígenas no Brasil – 1996. Brasília: CIMI/CNBB, 1996, p. 62.

<sup>38</sup> CIMI. op. cit., p. 60.

previsões legais quanto ao procedimento demarcatório e na efetivação dessas novas regras. Ao mesmo tempo que deixa as populações indígenas desprotegidas, em função de sua omissão, motiva as forças anti-indígenas a usurparem o patrimônio indígena. Finalmente, observar-se-á a investigação de Fany Pantaleon Ricardo sobre a situação jurídico-administrativa das terras indígenas no Brasil, até 30 de junho de 1997,<sup>39</sup> para análise dos efeitos práticos do Decreto 1775/96, no quadro 2:

**Quadro 2 — Situação Jurídico-Administrativa das Terras Indígenas no Brasil 30/6/97**

Situação Brasil	Qtde.	Extensão (há)	%
A identificar (3 interditadas)	78	2.749.000	
Em identificação (5 interditadas)	64	2.298.380	
Em identificação/revisão	29	2.685.198	
Com restrição de uso a não-índios	05	8.897.066	
<b>Total</b>	<b>176</b>	<b>16.626.270</b>	<b>16,63</b>
Identificadas, encaminhadas ao ministro da justiça	04	1.832.375	
Identificadas, aprovadas pela FUNAI. Sujeitas a contestações	10	210.572	2,04
Delimitadas (4 com demarcação física e 36 em demarcação)	81	25.260.454	25,26
Reservadas	24	4.647.547	
Homologadas	29	4.332.141	
Registradas no CRI e/ou SPU	239	47.096.694	
<b>Total</b>	<b>292</b>	<b>56.076.382</b>	<b>56,07</b>
<b>Total no Brasil</b>	<b>563</b>	<b>100.009.427</b>	<b>100,00</b>

FONTE Ricardo; Fany Panataleoni (1997).

Total das terras indígenas declaradas e homologadas após o Decreto 1.775 de 05/01/96 (Brasil)

Declaradas 27 Tis\* extensão 10.317.116 ha

Homologadas 21 Tis\* extensão 3.731.648 ha

Obs. No dia 08/01/1996 foram publicados decretos homologando 17 Tis, assinados no dia 05/01/96. (\*Tis = Terras indígenas).

<sup>39</sup> RICARDO, Fany Pantaleoni. Situação jurídico-administrativa das terras indígenas no Brasil (em 30/06/97). In: *Documentos do ISA : Terras Indígenas no Brasil : um balanço da era Jobim*. Brasília, 1997, p. 31.

Dessa maneira, além dos trágicos efeitos para as populações indígenas — consoante reflexões anteriores —, provocadas pelas disposições do Decreto 1775/96, as demarcações de suas terras encontram-se praticamente paralisadas, pois, até meados de 1997, ocorreram somente quatro “homologações” e vinte e sete terras indígenas foram “declaradas” em quase dois anos da edição dessa norma.

Segundo Márcio Santilli,<sup>40</sup> no Governo do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, de janeiro de 1995 a junho de 1997, foram “delimitadas” trinta e “homologadas” quarenta e seis terras indígenas, totalizando 6.952.943 ha.

Passa-se a destacar violências cometidas contra membros dos povos indígenas. A grande maioria delas está intimamente relacionada com conflitos entre índios e não-índios em função das invasões, reduções e demarcações das terras indígenas. Identifica-se, no Relatório de Violência do CIMI,<sup>41</sup> os crimes de homicídio e os de tentativa de homicídio. No ano de 1993, ocorreram 43 assassinatos e 85 tentativas de homicídio. Nos anos de 94/95, chegou-se a 75 homicídios e 276 tentativas de assassinato. No ano de 1996, ocorreram 32 assassinatos e 13 tentativas de homicídio. O relatório da FUNAI<sup>42</sup> de violência contra índios de 1994, informa a existência de 22 assassinatos e 14 tentativas de assassinatos.

Exemplifica-se esses dados referentes aos crimes contra a vida dos membros dos povos indígenas através dos massacres e assassinatos: do líder do povo Guaraní Marçal *Tupã-i*, em 1983, no Estado do Mato Grosso do Sul, dos quatorze índios do povo *Tikuna*, em 1988, no Estado do Amazonas, do líder do povo *Kaingang*, Ângelo Kretá, em 1986, no Estado do Paraná, os dezenove índios do povo *Yanomami*, em 1993, no Estado de Roraima, a liderança do povo indígena *Pataxó há hã hãe*, Galdino Jesus dos Santos, em Brasília-DF, em 1997. Agrava-se esses fatos pela completa impunidade dos autores desses crimes.

Salienta-se o assassinato do índio *Pataxó há hã hãe* para ter-se visibilidade do preconceito, crueldade e da impunidade dos autores. É um dos mais terríveis aspectos da realidade vivenciada pelos povos indígenas neste País. No dia 20 de abril de 1997, recém chegado a Brasília para informar-se a respeito do procedimento de demarcação das terras de seu povo *Pataxó há hã hãe*, na Bahia, após caminhar

<sup>40</sup> SANTILLI, Márcio. op. cit., p. 11.

<sup>41</sup> CIMI. op. cit., p. 7.

<sup>42</sup> FUNAI. Violência contra índios e comunidades indígenas – relatório 1994. Brasília, 1994, p. 11.



horas pela cidade e pelos prédios públicos, sem dinheiro, passa a noite num banco de ponto de ônibus. Por volta das 05 horas desse dia, Galdino foi acordado pelo fogo atado em seu corpo, após jogarem sobre ele dois litros de álcool. Veio a falecer vinte e quatro horas após, na Unidade de Queimados do Hospital Regional da Asa Norte. Os autores do terrível crime foram cinco jovens de classe média alta da sociedade de Brasília-DF. Nesse sentido informa a conceituada revista: "Os rapazes que praticaram o delito afirmaram que o ato nada teve a ver com a etnia da vítima. Tudo não passou de uma 'brincadeira' de mau gosto que não deu certo e culminou em tragédia para todos. A intenção dos rapazes era apenas dar um susto naquela pessoa que dormia na rua, que eles pensaram ser um 'mendigo'."<sup>43</sup>

Houveram por todo o País manifestações de autoridades públicas, juristas, entidades, associações de advogados, em jornais, revistas, *internet*, repudiando esse ato de barbárie e invocando que se cumprisse a lei. Entretanto, para surpresa de todos que almejam que os direitos humanos sejam um elemento presente, permanentemente, na sociedade, a juíza elaborou uma interpretação distinta da formulada por inúmeros criminalistas de destaque, a partir dos fatos e das provas. Diante do fato, o CIMI anuncia a 'segunda' morte do índio Galdino:

"A decisão da juíza Sandra de Santis (...), desqualificando o bárbaro assassinato de Galdino Pataxó para lesão corporal seguida de morte, não significa apenas a possibilidade de liberdade para os quatro acusados. Coloca em cheque a própria justiça brasileira. Se o crime, por sua natureza macabra, causou comoção nacional, agora a atitude da representante da Justiça provoca indignação aos diversos segmentos da população brasileira que lutam contra a impunidade. (...) Esperava-se que fosse acatada a denúncia apresentada pelo Ministério Público, pela qual Max Rogério Alves, Antônio Novely, Tomás Oliveira de Almeida e Eron Chaves de Oliveira seriam submetidos a júri popular pela prática de crime hediondo: homicídio doloso, por motivo torpe, com emprego de fogo e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima."<sup>44</sup>

Cita-se o número de casos de fome, de desnutrição e de doenças entre os povos indígenas, seguindo o citado relatório do CIMI.<sup>45</sup> No relatório de violência contra os povos indígenas de 1993, há 17.098 casos de fome e desnutrição, com a ocorrência de 20 mortes. Enumera 5.091 casos de doenças, com um total de 124

<sup>43</sup> REVISTA *Consulex*. O assassinato do índio pataxó. Ano I, n. 5, 31/5/1997, p. 10.

<sup>44</sup> CIMI. Nota à Opinião Pública: A segunda morte de Galdino. Brasília, 13/08/1999, p. 1.

<sup>45</sup> CIMI. op. cit., p. 20.

mortes. No relatório de 1994/1995, elenca 106.764 casos, com a ocorrência de 14 mortes. Cita 15.733 casos de doenças, com a morte de 446 índios. No relatório de 1996, agrega-se às situações de fome e desnutrição às de doenças. Registra 153.894 casos, com a morte de 966 índios. As principais doenças que vitimaram os índios são a malária e a tuberculose, contraídas no contato com os não-índios e sem a assistência do órgão indigenista. Publica esse exemplo de violência o jornal gaúcho:

"A fome é um importante componente no cruel processo de extermínio das nações indígenas no Brasil: 34% dos índios brasileiros não têm o que comer. São mais de 106 mil silvícolas nessa situação, numa população de 311.656 pessoas, denuncia o relatório 'O Mapa da Fome entre os Povos Indígenas do Brasil' (...). Com suas terras invadidas pelos brancos, os índios perderam suas fontes de alimentação e agora são obrigados a deixar as reservas para trabalhar (...) em troca de salários (...), insuficientes para assegurar às suas famílias uma alimentação adequada."<sup>46</sup>

Certamente o elemento que simboliza toda a barbárie cometida contra os povos indígenas seja o suicídio que vem sendo praticado por centenas de indígenas, destacadamente os do povo *Guarani Kaiowá*. Os referidos relatórios de violência contra os povos indígenas de autoria do CIMI,<sup>47</sup> registram que em 1993, ocorreram 39 suicídios, sendo 33 entre os *Guarani Kaiowá* e 06 do povo *Tikuna*. Ressalta que ocorreram 22 em 1991, e 24 em 1992. O relatório de 1994/1995, enumera a ocorrência de 93 suicídios. Suicidaram-se membros dos povos *Guarani Kaiowá*, *Tikuna*, *Karipuna*, *Wapixana*. O relatório de 1996, indica a ocorrência de 30 suicídios. Todos entre o povo *Guarani Kaiowá*. A ocorrência desses atos extremos dá-se sobretudo, pela falta de terra, que levam as comunidade a uma total desestruturação de suas instituições econômicas, políticas, religiosas e sociais. Para exemplificar, cita-se o caso da Reserva Dourados, do povo *Guarani Kaiowá*, onde 8.900 índios estão espremidos em 3.530 hectares.

Observa-se que a falta de terras para o plantio de alimentos levam os índios ao trabalho fora de suas comunidades. Tornam-se assalariados nas usinas de álcool da região, sob a condição análoga à de escravo. Em função dos longos períodos de distância das suas famílias, passam a ingerir bebidas alcólicas, provocando os

<sup>46</sup> ZERO HORA. Porto Alegre, 27/11/1995, p. 53.

<sup>47</sup> CIMI. op. cit., p. 18.

conflitos entre os índios. Outra consequência desse distanciamento: as mulheres, crianças e velhos sofrem de fome e as jovens índias têm sofrido abusos sexuais.

Demonstra-se, através do quadro-resumo 3 (à pág. 91), elaborado pelo CIMI,<sup>48</sup> as inúmeras violências cometidas contra as populações indígenas no Brasil, que persistem, apesar desses incessantes atos de barbárie, em continuar existindo enquanto povos étnica e culturalmente diferenciados.

---

<sup>48</sup> CIMI. op. cit., p. 7.

**Quadro 3 — Violências cometidas contra as populações indígenas no Brasil 1994/1996**

<b>Agressão Contra a Pessoa</b>	<b>1994</b>		<b>1995</b>		<b>1996</b>		<b>TOTAL</b>	
	<b>Casos</b>	<b>Vítimas</b>	<b>Casos</b>	<b>Vítimas</b>	<b>Casos</b>	<b>Vítimas</b>	<b>Casos</b>	<b>Vítimas</b>
Homicídio doloso	43	45	29	30	23	26	95	101
Homicídio culposo	08	12	15	17	05	06	28	36
Tentativa de homicídio	23	234	22	42	08	13	53	289
Ameaça de morte	20	1.584	09	360	15	2.893	44	1.988
Lesões corporais dolosas	30	39	21	44	17	116	71	203
Lesões corporais culposas	05	09	07	06	03	03	15	18
Genocídio	-	-	-	-	04	9.517	04	9.517
Suicídio	35	35	58	58	30	30	123	123
Tentativa de suicídio	03	03	01	01	09	09	13	13
Redução à condição análoga à de escravo	06	s/d	01	s/d	04	73	11	73
Doenças	4.783	s/d	10.950	s/d	138.161	s/d	153.894	s/d
Mortes por doenças	135	135	331	331	500	500	966	966
Disseminação de bebidas alcoólicas	08	s/d	03	s/d	08	9.716	19	9.716
Exposição da vida de outrem ao perigo	-	-	-	-	04	468	04	468
Omissão de socorro	01	01	02	02	01	01	04	04
Estupro	12	13	04	09	01	01	17	22
Tentativa de estupro	-	-	05	05	01	01	06	06
Sedução	02	02	-	-	01	01	03	03
Posse sexual mediante fraude	-	-	-	-	02	s/d	02	s/d
Favorecimento da prostituição	06	s/d	01	01	01	s/d	08	01
Abuso de autoridade	29	2.071	14	152	10	882	24	3.105
Prevaricação	02	811	01	03	04	1.366	07	2.180
Calúnia	-	-	-	-	04	232	04	232
Constrangimento ilegal	02	07	02	1.255	08	397	12	1.659
Seqüestro	02	02	01	01	02	80	05	83
Cárcere privado	-	-	-	-	02	156	02	156
Remoção ilegal de terra indígena	-	-	-	-	01	06	01	06
Violação de domicílio	-	-	-	-	02	693	02	693
Incitação ao crime	02	98	05	s/d	02	79	09	177
Tortura	-	-	-	-	01	16	01	16
Expulsão ilegal de terra indígena	-	-	-	-	04	170	04	170
Exploração ilegal de recursos genéticos	-	-	-	-	02	171	02	171
Cerceamento ao direito constitucional à informação	-	-	-	-	01	s/d	01	s/d
<b>Outros</b> (fome, morte por fome e por desassistência, contaminações, desaparecimento, ameaças, tentativa de constrangimento, maus tratos, formação de quadrilha e estímulo ao uso de entorpecentes).	132	8.097	106.792	112.402	-	-	106.924	145.957
<b>TOTAL</b>	<b>5.292</b>	<b>14.071</b>	<b>118.244</b>	<b>115.013</b>	<b>138.846</b>	<b>16.873</b>	<b>228.382</b>	<b>145.957</b>
<b>Total considerado para análise</b>	<b>5.160</b>	<b>5.971</b>	<b>11.452</b>	<b>2.611</b>	<b>138.846</b>	<b>16.873</b>	<b>155.458</b>	<b>24.458</b>

FONTE CIMI.

**Quadro 3.1 — Agressão contra o patrimônio**

Agressão contra o patrimônio	1994		1995		1996		total	
	Casos	Vítimas	Casos	Vítima	Casos	Vítimas	Casos	Vítimas
Contestação à demarcação de terras indígenas	-	-	-	-	1.749	91	1.749	91
Autorização ilegal para invasão de Terra indígena	-	-	-	-	03	03	03	03
Instalação/ampliação de obras viárias	-	-	-	-	2	2	2	2
Instalação de sede de municípios	-	-	-	-	3	3	3	3
Tentativa de invasão para instalação/pavimentação de obras viárias	-	-	-	-	3	3	3	3
Autorização para utilização irregular de recursos hídricos	-	-	-	-	01	01	01	01
Utilização irregular de recursos hídricos	-	-	-	-	01	01	01	01
Redução de terra indígena	-	-	01	01	01	01	02	02
Tentativa de redução de terra indígena	-	-	-	-	02	02	02	02
Espulho possessório	03	s/d	07	s/d	18	13	31	13
Garimpo ilegal	11	s/d	09	s/d	14	13	34	13
Mineroduto ilegal	-	-	-	-	02	02	02	02
Exploração ilegal, roubo e furto de madeira	36	s/d	25	s/d	43	32	94	32
Exploração ilegal de produtos de extrativismos vegetal	02	s/d	03	s/d	10	10	15	10
Caça ilegal	02	s/d	03	s/d	05	05	10	05
Pesca ilegal	04	s/d	09	s/d	17	16	30	16
Pesca predatória	07	s/d	01	s/d	17	16	25	16
Desmatamento	02	s/d	02	s/d	38	26	42	26
Incêndio	01	s/d	-	-	02	02	03	02
Poluição	04	s/d	05	s/d	12	11	21	11
Danos vários ao patrimônio	06	s/d	02	s/d	08	06	16	06
Roubos e furtos diversos	05	s/d	10	s/d	05	03	20	03
Estelionato e outras fraudes	10	s/d	-	-	16	11	26	11
Prevaricação	02	02	01	01	01	01	03	03
Outra (emprego irregular de verbas públicas)	01	s/d	01	s/d	-	-	01	s/d
<b>Total</b>	<b>99</b>	<b>s/d</b>	<b>79</b>	<b>s/d</b>	<b>1.975</b>	<b>75</b>	<b>2.153</b>	<b>75</b>
<b>TOTAL GERAL</b>					<b>140.821</b>		<b>264.535</b>	

No que tange aos direitos indígenas resguardados pela Constituição Federal e legislação esparsa, são alvos permanentes dos ataques dos setores mais conservadores da sociedade brasileira, representados no Congresso Nacional por vários deputados e senadores. São Propostas de Emenda à Constituição (PEC) e

projetos de lei que tramitam em busca de revogar as previsões que dispõem sobre os direitos indígenas. Passa-se a analisar algumas delas, demonstrando o firme propósito das forças antiindígenas.

A PEC nº 072/95, de autoria do deputado Salomão Cruz do Estado de Roraima, propõe que seja retirada a competência do Congresso Nacional de autorizar a exploração mineral em terra indígena. Propõe ainda que caiba ao Ministério das Minas e Energia, a competência para autorizar a realização de pesquisa e lavra nessas terras. A proposta representa um retrocesso na conquista indígena, pois propõe a volta da situação anterior, em que o Poder Executivo autorizava a atividade mineral no País. Uma das consequências foi o loteamento de grande parte da Amazônia para grandes empresas.

Outra PEC a ser investigada é a de nº 125/95, de autoria do deputado Luciano Castro. Propõe que se inclua mais um parágrafo ao artigo 231 da Constituição, seria um novo parágrafo terceiro, estabelecendo competência exclusiva ao Congresso Nacional para homologar as demarcações de áreas indígenas, e de revisar, no prazo de cinco anos, as áreas que dependem de demarcação e as já demarcadas. Com o claro objetivo de retardar e, mesmo, inviabilizar inúmeras demarcações, a proposta é inconstitucional ao transferir para o Congresso competência própria do Executivo, que é prática de atos de administração pública em geral.

Além dessas propostas, há outras, como é o caso do PDC — Projeto de Decreto Legislativo da Câmara dos Deputados nº 365/93, que visam tornar sem efeito direitos adquiridos dos índios, tornando sem efeito a homologação presidencial da terra do povo *Yanomami*.

Ainda para exemplificar, o PEC nº 450/97, tenta restabelecer o controle de 'grau cultural', ou seja, prever parâmetros de medição se o membro de determinado povo indígena continua ou não sendo índio. E o impressionante, quando o índio, fora da 'reserva', deixa de ser índio, devendo ser tratado legalmente como qualquer outro brasileiro.

Dessa forma, há nessa frente de atuação dos setores anti-indígenas a clara determinação de, simplesmente, ab-rogar os direitos indígenas resguardados na

Constituição Federal. Não obstante, há parlamentares preocupados e atuantes na defesa dos direitos indígenas na Constituição, assim como na sua regulamentação.

Cita-se como referências, além do já refletido 'Estatuto das Sociedades Indígenas', o PL — Projeto de Lei 4681/94, que dispõe sobre as condições e funcionamento de serviços de saúde para as populações indígenas, o PLS — Projeto de Lei do Senado — 014/95, que dispõe sobre a instituição de cota mínima, para os setores etno-raciais socialmente discriminados, em instituições de ensino superior, o PRC — Projeto de Resolução da Câmara dos Deputados — 118/97, que institui a Ouvidoria Permanente da Câmara dos Deputados para encaminhar denúncias de preconceitos e discriminações, dentre outros.

Finalmente apresenta-se o quadro 5 (Anexo 1) com propostas de emenda à Constituição Federal, projeto de lei e outros que versam sobre o direito indigenista em tramitação no Congresso Nacional.

À guisa de conclusão, percebe-se, a partir das ações do Estado, que este não apenas buscou integrar os povos indígenas, somadas à omissão do órgão indigenista, em situação de eficaz e emergente atuação na defesa dos interesses indígenas, conjugadas às inúmeras violações do resguardo constitucional resultou numa política indigenista contrária a esses povos. Procurou-se ainda oferecer-lhes uma 'cidadania' tutelada, que levaria as populações indígenas a um enfrentamento desigual com os setores antiindígenas, usurpando suas terras de ocupação tradicional e inviabilizando suas perspectivas de continuarem organizando suas sociedades de acordo com suas especificidades étnico-culturais, tornando-os parte indistinta da sociedade brasileira.

Consoante análise anterior, a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, estabeleceu novos elementos na relação do Estado brasileiro com os povos indígenas, baseado no respeito à especificidade étnico-cultural de cada um desses povos. Supera as disposições constitucionais anteriores que objetivavam a incorporação do índio à comunhão nacional.

Dessa maneira, entende-se que foram automaticamente revogadas, todas as normas legais incompatíveis com a nova Ordem Constitucional. Como exemplos destacam-se o art. 6º do Código Civil, que estabeleceu o regime tutelar aos indígenas, que cessaria "(...) à medida que se forem adaptando à civilização do

País.", o art. 1º da Lei 6001/73 — Estatuto do Índio — que tinha a perspectiva de "(...) integrá-los progressiva e harmoniosamente.", e, a Convenção 107 da OIT, que presumia a "integração progressiva do índios nas comunidades nacionais."

"Sobrevindo uma Constituição, a legislação existente ou (a) com ela é compatível e continuará em vigor ou (b) com ela é incompatível e por ela será revogada. No primeiro caso, a legislação continua em vigor, independente de cláusula expressa, como o fez a Constituição de 1891, em seu art. 83: 'Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explicita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado na Constituição e aos princípios nela estabelecidos.' Esta cláusula mereceu de Ruy Barbosa o seguinte comentário: 'Não havia mister de que a Constituição formalmente o declarasse, para se ver ou saber que não repudiava as leis e instituições anteriores, com ela compatíveis, ou dela complementares. Em todas as Constituições, está subentendida essa disposição' (Comentários, v. VI/406, 1934). No segundo caso, em havendo incompatibilidade entre a legislação preexistente e a Constituição superveniente, quer dizer, quando a Constituição sucede à lei, não se pode falar em inconstitucionalidades desta, mas em revogação."<sup>49</sup>

A concepção jurídico-legal anterior à Constituição vigente, sob a justificativa de protegê-lo e integrá-lo à sociedade não-índia, impôs-lhe o *status* jurídico de relativamente incapaz, sob o instituto da tutela. A dimensão protetiva da tutela, pelo fato dos índios não terem compreensão do funcionamento da sociedade nacional, impunha-lhes limitação ao exercício de seus direitos e um esforço para conhecerem os mecanismos da estrutura e os valores da sociedade brasileira. Caracterizava a perspectiva estritamente incorporativa da política indigenista.

Com a nova ordem constitucional não há mais a exigência do índio deixar de ser índio, com suas convicções, tradições e valores, para poder viver plenamente e exercer seus direitos sem qualquer restrição a isso. Além desse respeito ao modo próprio das populações indígenas se organizarem e viverem de acordo com suas instituições, a Constituição dispõe que a União deva proteger todos os bens indígenas.

Constata-se equívocos ao relacionar-se essa expressa determinação constitucional com a continuidade ou a renovação da tutela prevista, e revogada, no Código Civil. Agora, inversamente à concepção anterior ao novo texto constitucional, é do Estado e da sociedade não-índia a responsabilidade de se esforçar para

<sup>49</sup> BROSSARD, Paulo. Constituição de Leis a ela anteriores. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo : Malheiros, 1993, vol. 4, p. 30.



compreender a organização e os valores dos povos indígenas, para que possa ocorrer uma harmoniosa convivência. Disso é que resulta a necessidade da União respeitar e proteger os bens indígenas, ou seja, suas vidas, suas terras, suas tradições, religiões, suas línguas, seus métodos de aprendizagem, etc. Desse modo, há incompleta incompatibilidade com toda a legislação anterior à Constituição vigente e, portanto, completamente revogada.

A visualizada igualdade de direitos, com a manutenção de possibilidade de viver de modo culturalmente distinto, coloca a questão indígena numa dimensão político-jurídica que estabelece fundamentos na construção de um novo paradigma jurídico, em que a participação a partir das diferenças socioculturais emergem não como um privilégio, mas uma permanente reivindicação que conduzem à superação de um Estado centralizador para um Estado pluriétnico, que tem seus elementos fundantes no novo pluralismo jurídico comunitário-participativo.

Esse novo Estado estruturado a partir de um referencial teórico que garante a pluralidade étnico e cultural, possibilitando a ampla participação dos diferentes setores sociais, destacadamente dos sujeitos coletivos, no exercício de sua nova cidadania, coletiva e com várias dimensões. Investiga-se a dimensão étnica como condição para a efetiva participação dos povos indígenas, com o acesso às suas terras tradicionais e ao exercício de seu direito à autonomia, enquanto distintos culturalmente do restante da sociedade brasileira, detentores de um Direito próprio e exclusivo, pois constituem novos sujeitos coletivos.

### **3 O DIREITO INDÍGENA E A CIDADANIA COLETIVA**

Visualiza-se o processo de reivindicações permanentes e da manutenção do modo de viver dos povos indígenas frente ao Estado brasileiro, sempre disposto a aprisionar o índio através do instituto da tutela.

A determinação indígena de organizar-se socialmente e viver de acordo com seus valores, forneceu elementos para a construção teórica de um paradigma que supera o atual, monista e centralizador. Esse paradigma que estabelece os fundamentos de um novo Direito, assegura a efetiva participação dos sujeitos coletivos e, dentre eles, os povos indígenas, detentores de uma ampla diferença sociocultural.

A elaboração do novo pluralismo jurídico comunitário-participativo dá-se através da inclusão de inúmeros elementos sociais, políticos, étnicos e culturais. Estabelece a possibilidade teórica de focar a cidadania numa dimensão étnica, na busca de construir um novo paradigma, no qual a valorização da comunidade, das diferentes culturas, das etnias subjugadas, da participação de todos num espaço comum.

A dimensão étnica da cidadania dá-se a partir das reivindicações dos povos indígenas, que constituíram-se a partir de seu longo processo de lutas, em sujeitos coletivos, buscando não apenas avanços políticos, mas a permanente construção e reconstrução de sua identidade cultural. Desse modo, ocupando novos espaços políticos, firmando sua identidade cultural e asseguram o fortalecimento do elemento étnico, numa perspectiva de novas relações fundamentada no diálogo e na autonomia. Procuram, os povos indígenas, garantir suas conquistas e ampliar seus direitos coletivos, contrapondo-se ao, ainda, Estado centralizador e a uma sociedade majoritariamente conservadora.

### 3.1 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA INDÍGENA

Quando procura-se refletir sobre a história da cidadania de um grupo humano específico, como exemplo de análise de sua contribuição para a construção desse conceito, discorrer sobre os povos indígenas é, seguramente, a escolha mais adequada, pois esta população vem sofrendo durante séculos todos os componentes da barbárie (conforme destaque no Capítulo I), assim como constitui a maior referência de resistência pela vontade de viver de acordo com suas próprias crenças e valores.

Apesar de toda a resistência — agregada ao preconceito — colocada pelo poder religioso, econômico e político, que controlou a administração da formação do Estado brasileiro, em possibilitar que os povos indígenas compreendessem, minimamente, o sentido da palavra direito, esses, através de um processo de lutas e reivindicações, conseguem avanços significativos, que vêm contribuindo, destacadamente, para a recente concepção prático-teórica para a formulação do conceito de cidadania.

Não obstante as grandes dificuldades atuais que têm encontrado os povos indígenas em exercer sua cidadania, estabelecem uma 'privilegiada' conquista: são detentores da condição jurídica de cidadãos brasileiros e de cidadãos indígenas no Estado brasileiro.

O movimento indígena local, regional, nacional, mundial, consegue colocar a questão étnica — que é a base da cidadania indígena — num novo patamar, que impõe questionamentos e exigências ao direito e tantos outros campos da ciência.

Conforme análise no Capítulo I, durante toda a história do Estado brasileiro houve uma intervenção qualificada para demover o índio da idéia de continuar sendo índio, como condição para reivindicar algum tipo de direito. Nesse sentido, Wilmar R. D'Angelis, assim analisa esse período:

"Numa perspectiva 'contratualista', Carlos Marés de Souza destaca que '(...) as consequências de tudo isso são que, para o índio tornar-se cidadão brasileiro completo deve, como os demais cidadãos membros, acatar e respeitar as regras do Direito Privado: respeitar as normas e conceitos inerentes ao regime de propriedade, de família, de sucessão e de contrato e ainda as normas de

comportamento exigível pelo Direito Penal'. Sendo assim, um indivíduo oriundo de uma comunidade indígena, para gozar plenamente a cidadania brasileira, deverá provar que 'já é civilizado' e, portanto, abandonar suas lealdades tribais."<sup>1</sup>

Apesar disso, desde o início da conformação do Estado brasileiro em 22 de abril de 1500, até a promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, a população indígena jamais desistiu de viver enquanto *Guarani, Xokleng, Kaingang*, e dezenas de outros povos e, sempre deixou explícito que nunca desejou construir esta estrutura político-jurídica e nem dela participar. Isso teve como consequência a determinada intervenção estatal mantendo-os permanentemente sob o seu controle, numa condição de submissão e ridicularização, tratando-os como dementes, preguiçosos, incapazes e negando-lhes seus direitos de cidadão, enquanto persistissem em ser cultural e etnicamente diferentes dos demais componentes da sociedade brasileira.

Se existem no Brasil cerca de cento e oitenta povos indígenas persistindo em viver de acordo com seus costumes, tradições, organizações, línguas, crenças, após o já refletido e longo processo expropriatório e genocida do qual foram as vítimas, com os mais terríveis resultados, também verificados, que qualquer ser humano possa experimentar, é porque estabeleceram estratégias de resistências e sempre acreditaram na possibilidade de gozar algum tipo de direito. Essa determinação significa o elemento mais fundamental na construção prático-teórica do conceito de cidadania.

Essa persistência e reivindicação, senão de plena consciência das suas possibilidades de contribuição ao conjunto de direitos da população indígena e dos demais excluídos 'cidadãos' brasileiros — os sem-terra, sem-teto, sem-emprego, sem-escola, etc. —, passa por uma segunda fase, quando o movimento indígena, em plena vigência da ditadura militar instalada em 1964, realiza no ano de 1971, a sua primeira grande assembléia, que representa a motivação para o início da organização de vários movimento populares numa articulação de enfrentamento ao regime de exceção imposto pelos militares. Nesse fato, o movimento indígena demonstra e incentiva o caminho a trilhar: a construção do exercício de amplos

---

<sup>1</sup> D'ANGELIS, Wilmar R. Os *Kaingang* : Terra e Autonomia Política, Condições para Acesso à Cidadania. In *Porantim*, nº 139, jun/91, p. 8.

direitos, a cidadania. Dessa forma, a partir dos anos setenta, o movimento indígena começa a se articular para reaver e garantir seus direitos, com a realização de assembléias, reunindo vários povos, discutindo e encaminhando a luta pela demarcação de suas terras, pelo direito à saúde, pelo respeito às suas religiões, línguas e costumes. Nessa perspectiva, Silvio C. dos Santos e Roberto C. de Oliveira analisam o movimento indígena nesse período:

"Entre os instrumentos que contribuíram para conscientizar os indígenas sobre as condições em que viviam e estabelecer estratégias de enfrentamento, destacam-se as assembléias indígenas. A primeira delas foi realizada em Diamantina, Mato Grosso, em 1971. Outras se sucederam, sempre realizadas em áreas diferentes e envolvendo grande número de representantes dos povos indígenas existentes no país (...)." <sup>2</sup>

"(...) Efetivamente, pode-se apontar os meados dos anos 70 como o período em que as lideranças indígenas começaram a ultrapassar as esferas de suas próprias tribos para alcançarem círculos mais abrangentes, povoados por etnias indígenas as mais diversas. Foi o momento de constituição de novas lideranças e de renovação de outras mais tradicionais, porém igualmente comprometidas como novo horizonte que a elas se abriam marcado pela idéia de organização política e por um forte sentimento de fraternidade indígena." <sup>3</sup>

No início dos anos oitenta, ocorrem dois fatos de destaque em nível regional (no Estado de Santa Catarina) e em nível nacional nesse processo de lutas e reivindicações indígenas, que são, respectivamente, a demarcação das terras da Comunidade *Kaingang* do *Chimbandue* e a criação da organização UNI – União das Nações Indígenas. A luta dos *Kaingang* do *Chimbandue*, expulsos dessas terras na década de quarenta, quando se intensificou o processo de colonização no oeste catarinense, para reaver suas terras que ocupavam, tradicionalmente, e reconstituir sua comunidade, representou um marco no recente processo de enfrentamento dos movimentos populares ao regime ditatorial. Do período da expropriação até o ano de 1982, os remanescentes do *Chimbandue* permaneceram na região, trabalhando como 'bóia-fria', na condição de 'sem-terra'.

A decisão tomada em 1982, de reocupar suas terras foi extremamente corajosa, pois imperava a ditadura militar, não havia uma articulação indígena, o

<sup>2</sup> SANTOS, Silvio Coelho dos. **Povos Indígenas e a Constituinte**. Florianópolis : UFSC/Movimento, 1989, p. 43.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A Crise do Indegenismo**. Campinas : UNICAMP, 1988, p. 19.

preconceito contra o índio era forte, e o entendimento das autoridades locais e regionais era o de desconsiderar a existência de índios nessas terras. A ocupação permanente — até a década de sessenta — e tradicional foi objeto de investigação jurídica e histórica, realizada, respectivamente, por GAIGER<sup>4</sup> e D'ANGELIS<sup>5</sup>, que, demonstraram o direito desse povo às suas terras. Apesar de constituírem estudos científicos, não foram reconhecidos oficialmente pelo órgão indigenista.

Apesar da resistência do órgão responsável pela demarcação das terras indígenas, através da pressão organizada e a reocupação das terras pelos indígenas, a FUNAI solicita parecer técnico às antropólogas da UFSC — Universidade Federal de Santa Catarina, conforme relata Silvio C. dos Santos:

"(...) as professoras Anelise Nacke e Neusa Bloemer, secundadas pela antropóloga da FUNAI, Ana Maria Lange, elaboraram um relatório caracterizando toda a situação local, bem como resgatando a documentação referente à presença dos indígenas nessa área e toda a tragédia que estavam vivenciando. Demonstram, também, reafirmando trabalhos de nossa autoria, que os indígenas haviam se concentrado às margens do rio Irani, numa área de refúgio, já pressionados por frente de expansão da sociedade nacional. Esta área de refúgio aos poucos foi cobrada, iniciando-se aí o processo de grilagem e de repassamento de lotes coloniais para imigrantes originários do Rio Grande do Sul." <sup>6</sup>

Este período de lutas travadas com os ocupantes não índios que adquiriram essas terras com a chancela do Estado de Santa Catarina, com a maioria preconceituosa da população local e com a própria FUNAI, termina com cerca de quatro anos após seu citado início, de acordo com o mencionado autor "Depois de um longo processo de reivindicação, os indígenas Kaingang sobreviventes na localidade de Chimbanguê (sede Trentim), próximo a Chapecó, (SC), lograram, em 1985, o reconhecimento e a demarcação de parte das terras que tradicionalmente ocupavam (Decreto 92.253/85 )." <sup>7</sup>

<sup>4</sup> GAIGER, Julio M. G. *Toldo Chimbanguê - Direito Kaingang em Chapecó*. Xanxerê : CIMI, 1984, 105 p.

<sup>5</sup> D'ANGELIS, Wilmar R. *Toldo Chimbanguê - História e Luta Kaingang em Santa Catarina*. Xanxerê : CIMI, 1984, 108 p.

<sup>6</sup> SANTOS, Silvio Coelho dos., op. cit., p. 21.

<sup>7</sup> idem, p. 20.

No início dos anos oitenta, lideranças dos povos indígenas de várias regiões do País, resolvem articular suas lutas e reivindicações, e assim, criam a UNI. Nesse sentido, Roberto C. de Oliveira assim analisa a organização indígena:

"(...). Com sua sede em São Paulo e contando com o apoio sistemático de entidades, como a Comissão Pró-Índio/SP e a ABA, além de instituições internacionais como a Fundação Ford ou a Cultural Survival, a UNI tem procurado dialogar com esse indigenismo alternativo, exercido por seus aliados, a par de formular para si e para a sociedade alienígena as bases de uma política verdadeiramente indígena. Unindo a diversidade das lideranças locais e regionais sob sua égide e resgatando o termo índio das condições originais de sua emergência e, conseqüentemente, de todos os equívocos subjacentes ao seu caráter de categoria residual, a UNI assumiu decisivamente a coordenação do movimento indígena."<sup>8</sup>

A UNI passa a destacar-se como representante das reivindicações indígenas, reafirmando o direito desses povos de se organizarem de acordo com suas próprias instituições através do exercício de uma cidadania ativa e coletiva, buscando uma intervenção qualificada nas relações com o poder estatal. Procura impor um programa à política indigenista oficial, que previa, dentre outras propostas, mudanças no órgão indigenista, a demarcação de suas terras, a proteção de suas terras e suas riquezas contra os invasores madeireiros e garimpeiros, a participação direta através de seus representantes nas decisões governamentais envolvendo a população indígena.

Durante importante evento ocorrido em 1985, organizado pela UNI, as lideranças indígenas debateram a respeito da importância da nova Constituição Federal para a afirmação e garantia de seus direitos a ser elaborada durante a Assembléia Nacional Constituinte. Diante disso resolvem lançar nove candidatos indígenas a deputados federais para os representarem nessa Assembléia. Os candidatos das seguintes Unidades da Federação e dos Povos: dois de Roraima, *Yanomami* e *Macuxi*; um do Amazonas, *Tukano*; um do Acre, *Iauanauá*; um de Mato Grosso, *Xavante*; um de Goiás, *Karajá*; um de São Paulo, *Guarani*; um do Distrito

---

<sup>8</sup>OLIVEIRA, Roberto C. de. Op. Cit., p. 28-29.

Federal, *Terena*; um do Rio de Janeiro, um *Xavante* (este, Mário Juruna, candidato à reeleição).<sup>9</sup>

Apesar de não ocorrer a eleição de nenhum desses candidatos, a UNI não desiste da idéia da importância de participarem da Constituinte e, assim, organizam uma intensa participação indígena. Nessa perspectiva, explica o referido autor que "(...). Apoiado pelas entidades da sociedade civil, como a ABA — ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, o CIMI, a Comissão Pró-Índio/SP e várias outras, o movimento continuou atuando junto ao Congresso Constituinte, inclusive com técnicas modernas de pressão política, como a criação de um *lobby* para esclarecer os deputados e senadores sobre os direitos indígenas e sobre as leis que lhes são necessárias para a promoção de sua cidadania."<sup>10</sup>

Dessa maneira, a intervenção organizada do movimento indígena foi imprescindível para que na Constituição Federal de 1988, fossem incorporados os direitos fundamentais, refletidos no Capítulo II, dos povos indígenas. Significa a libertação de uma política indigenista até então sempre centrada nos objetivos integracionistas e assimilacionistas, para estabelecer as bases constitucionais para a construção de um Estado multiétnico e pluricultural.

A UNI, enquanto organização de representatividade em nível nacional, passa por dificuldades e se desestrutura. Continua funcionando em nível regional, como a UNI/Acre, hoje, com grande poder de articulação e intervenção e a UNI/Bahia. Um dos seus principais líderes, Aílton Krenak, junta-se com um grupo de antropólogos e advogados apoiadores da causa indígena e fundam, em fins dos anos oitenta, o NDI, com sede em Brasília-DF e, no início dos anos noventa, passa a denominar-se ISA, mantendo-se até hoje como importante instituição na defesa dos direitos dos povos indígenas, com destaque para sua intervenção judicial, dentre outras atividades.

No início dos anos noventa, o movimento indígena volta a se organizar em nível nacional. Criam o CAPOIB, que caracteriza-se por não se constituir como a organização indígena que representa os povos indígenas, mas sim que articula as reivindicações das organizações em nível local e regional. Elaboram e aprovam

<sup>9</sup> Cf., *Jornal Porantim*, n. 90, out./86, p. 31.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Roberto C. de. Op. Cit., p. 31.



seus estatutos em grande assembléia realizada em Brasília- DF, reunindo lideranças indígenas de todas as regiões do País, representando dezenas de povos.

O CAPOIB cria um escritório da entidade na Capital Federal, com a presença de três lideranças de três povos, para:

- a) acompanhar diretamente a elaboração da política e da legislação indigenista;
- b) fiscalizar a tramitação dos PECs, que como viu-se anteriormente, somam-se às dezenas, tentando abolir os direitos constitucionais indígenas;
- c) organizar seminários;
- d) propor programas ao órgão indigenista;
- e) propor ao Congresso Nacional regulamentação da atual Constituição e novo Estatuto dos Povos Indígenas;
- f) acompanhar delegações de comunidades indígenas que deslocam-se à sede do órgão indigenista para buscar soluções para seus inúmeros problemas: demarcação de terras, saúde, educação, etc. (Esta organização continua existindo atualmente).

Na região Sul, os índios presentes nas três Unidades da Federação, passam por um processo semelhante. No fim dos anos oitenta, e início dos anos noventa, organizam-se através da ONISUL – Organização das Nações Indígenas no Sul e, também buscam estabelecer uma representatividade dos povos nessa região para avançarem na luta pelos seus direitos. Com sua criação, conseguem estruturar organizações específicas, como a APBKG – Associação dos Professores Bilíngües Kaingang e Guarani, e o Grupo de Auxiliares de Enfermagem, que organizam, em parceria com a UNIJUÍ – Universidade de Ijuí (RS), a realização de dois cursos especiais para a formação de professores e agentes de saúde indígenas. Os alunos já se formaram e atuam em suas comunidades.

Em 1996, na Comunidade Indígena de Votouro, no Rio Grande do Sul, as lideranças indígenas promovem a realização de uma grande assembléia, que contou com a participação de membros de cerca de vinte e cinco comunidades, dos povos

*Kaingang e Guarani*, nos três Estados do sul. Fundam aí a APOIS – Articulação dos Povos e Organizações Indígenas no Sul, com a mesma filosofia do CAPOIB, articular as organizações já existentes e os movimentos em andamento, principalmente as lutas pelas demarcações de terras. Organizam um escritório na cidade de Chapecó-SC, com um secretário (estudante do curso de direito na UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina) e três coordenadores, membros das comunidades de Iraí-RS, Pinhal-SC e Palmas-PR. Atualmente, mantêm essa estrutura, buscando firmar-se enquanto espaço para articular suas lutas e exercer sua cidadania.

Através do relato contido na publicação do CIMI busca-se demonstrar qual tem sido a forma de atuação do movimento indígena nos últimos anos:

“Entre os fatos mais marcantes do ano de 1996 estão, sem dúvida nenhuma, a manifestação de 17 de janeiro e a mobilização de 24 a 28 de março, ambas em Brasília. Em janeiro, os representantes de povos indígenas foram à Praça dos Três Poderes para ‘coroar’ a estátua da Justiça com um cocar. Em março a mobilização coordenada pelo Capoib reuniu mais de 300 lideranças de todo o país e contou com a participação de 150 representantes do Movimento dos Sem Terra (MST). Mas foram as ações regionais, — através de retomadas de terra, expulsão de invasores, experiências de autodemarcação, passeatas, assembléias, ocupações de Administrações Regionais da Funai, etc. — que evitaram que os efeitos do Decreto 1.775/96 fossem consolidados a favor dos interesses contrários à demarcação das terras indígenas.”<sup>11</sup>

Há também uma firme organização dos povos indígenas no continente americano. Cita-se como exemplo a *Declaración del Encuentro Continental de Autoridades y Líderes Indígenas*, ocorrido no Equador, de 7 a 9 de agosto de 1996, onde destaca-se alguns pontos:

*“Por nuestro derecho a existir como pueblos. Organizaciones, líderes y autoridades indígenas del Continente, reunidos em Quito, en el Encuentro Continental de Líderes y Autoridades Indígenas, convocado por la Confederación de Organizaciones Indígenas del Ecuador (CONAIE), (...) hemos llegado a las siguientes conclusiones y propuestas: (...) 1. Impulsar y consolidar a nivel nacional e internacional, el reconocimiento de Derechos coletivos, fundamentalmente referidos a: Territorio, recursos naturales, formas de organización y autonomía; y a la pluralidad jurídica. (...) 1. La democracia que vivimos com el neoliberalismo es restringida, excluyente y delegativa. Este tipo de democracia contrasta com la*

<sup>11</sup> CIMI. Semana dos Povos Indígenas. Brasília: 1997, p. 05.

*democracia comunitaria que tenemos en nuestras organizaciones de base, en donde existe participación, control pleno de las bases a la dirigencia, solidaridad, redistribución y comunitarismo. (...). 4. Una nueva relación entre el Estado y los Pueblos Indígenas solamente será posible sobre la base de: - Reconocer el derecho al territorio de los pueblos indígenas ; - Respetar el ejercicio de la autoridad indígena bajo formas de autonomías, reconocimiento de competencias y de sistemas jurídicos propios de los pueblos. - Garantizar la participación en el desarrollo nacional y derecho a conducir su propio desarrollo (...)."*<sup>12</sup>

No contexto mundial, existe o CMPI – Conselho Mundial dos Povos Indígenas. Há informações sobre esta entidade no 'Jornal Porantim', que recebeu, em 1990, a visita de Bráulio Morales, então chefe do Departamento de Desenvolvimento Econômico do Conselho Mundial dos Povos Indígenas. Seguem os dados:

"(...) o CMPI foi fundado no final de outubro de 1975, durante uma conferência que reuniu representantes indígenas de 19 países das Américas, do Pacífico Sul e da região sámi (dos países escandinavos). O organismo tem, entre seus objetivos, a promoção da unidade dos povos indígenas, o fortalecimento de suas organizações e o combate ao racismo e toda a possibilidade de genocídio e etnocídio. Trata-se de uma organização não-governamental, com assento consultivo junto ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a Unesco e a OIT."<sup>13</sup>

Tem buscado, o movimento indígena, fazer com que seus direitos sejam reconhecidos no direito internacional. Para tanto, tem realizado intervenções em diferentes instâncias da ONU e através de diversos instrumentos como o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, o Projeto de Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, a Comissão de Direitos Humanos, a Convenção 169 da OIT e outras instâncias de respaldo internacional.

<sup>12</sup> Declaracion del Encuentro Continental de Autoridades y Lideres Indígenas. in **Revista da ALAI**. Quito, 1996, nº 238, p. 14-15. (Trad. livre: Pelo nosso direito a existir como povos. Organizações, líderes e autoridades indígenas do continente reunidas em Quito, no encontro continental de líderes e autoridades indígenas, convocados pela Confederação de Organizações Indígenas do Equador (CONAIE). Tendo chegado às seguintes conclusões e propostas: 1. Impulsar e consolidar em nível nacional e internacional o reconhecimento de direitos coletivos, fundamentalmente referidas a território, recursos naturais, formas de organização e autonomia, e pluralidade jurídica. 1. A democracia que vivemos com o neoliberalismo é restringida, exclusiva e delegativa. Este tio de democracia comunitária que temos em nossas organizações de base, onde existe participação, controle total das bases. A dirigência, solidariedade, redistribuição e comunitarismo. 4. Uma nova relação entre o Estado e os povos indígenas somente será possível sobre a base: reconhecer o direito ao território dos povos indígenas, respeitar o exercício da autoridade indígena pela forma de autonomia, reconhecimento de competência e sistemas jurídicos próprios dos povos; garantir a participação no desenvolvimento nacional e direito a dirigir seu próprio desenvolvimento).

<sup>13</sup> Jornal Porantim, maio/90, nº 128, p. 10.

Desse modo se, de um lado, o poder público (executivo e judiciário) tem resistido em incorporar os avanços constitucionais em suas práticas cotidianas, sustentando-se no Código Civil, na Lei 6001/73 e nos princípios constitucionais da Carta de 1967/69, de outro, os índios vêm se estruturando, criando organizações na luta pela demarcação de suas terras, na formação de professores bilingües, na realização de cursos de agroecologia, na eleição de vereadores e prefeitos indígenas, em encontros para o resgate de suas culturas, enfim, na reivindicação e na garantia de seus mais amplos direitos de cidadão indígena e cidadão brasileiro.

Esses fatos atuais somados aos do longo processo de resistência desde a instalação do Estado brasileiro, constituem elementos prático-teóricos para a construção do novo conceito de cidadania, a partir dos anos setenta, fortalecendo-se nos anos noventa e com perspectivas de sedimentar-se no início do século XXI. É a cidadania coletiva, superando a cidadania individual de visão liberal gerada no século XVIII e definida a partir de coletividades históricas atuais nas relações estabelecidas com Estado e a sociedade brasileira. Para os povos indígenas a cidadania passa a ter significado quando considerada não a partir do poder estatal, mas de seus direitos originários e, portanto, anteriores à existência desse Estado, bem como do marco da pluralidade étnico-cultural que sempre constituiu o País.

Nessa perspectiva da construção da cidadania coletiva, Vera R. P. de Andrade tem realizado importante análise teórica na medida em que visualiza

"(...) a luta pelas construções coletivas da cidadania. Algumas revigoradas, como a cidadania dos trabalhadores, outras, mais recentes e inéditas, como a cidadania da mulher, do índio, do negro, dos homossexuais, etc., encontram o sentido de suas reivindicações determinado pela consciência de forma concreta de sujeição, discriminação e desigualdade a que estão submetidas enquanto classe ou grupo – e não apenas enquanto indivíduos isolados."<sup>14</sup>

Wilmar R. D'Angelis analisa também que não é possível pensar o exercício da cidadania dos povos indígenas numa concepção individual, na relação estabelecida entre o Estado e o indivíduo, pois é uma saída falsa, gerando indivíduos desajustados por ser e não ser índio. Destaca que

---

<sup>14</sup> ANDRADE, Vera R. P. de. **Cidadania do Direito aos Direitos Humanos**. São Paulo : Acadêmica, 1993, p. 129.

"(...) é exatamente a necessidade da pertença articulação com uma comunidade (coletividade) para que o indígena possa aspirar — por meio dela — o pleno exercício da cidadania brasileira. (...) os índios poderão gozar os direitos de cidadãos apenas coletivamente. Somente enquanto grupos étnicos organizados e politicamente ativos — nas lutas pelas terras — os povos indígenas constituem-se sujeitos de cidadania brasileira, sem perder sua identidade étnica (...)."15

Dessa forma, na elaboração atual do conceito de cidadania coletiva, a recepção do elemento étnico-cultural nessa construção é imprescindível na busca de novos paradigmas, em que a valorização das culturas específicas, do micro, das etnias subjugadas têm muito a contribuir. Não apenas como oposição ao neoliberalismo, mas também pelas reivindicações de participação na construção de novos projetos de Estado e sociedade. No desfecho da reflexão sobre a cidadania coletiva indígena, assim comenta Roberto C. de Oliveira:

"(...) que por meio da politização da identidade de índio, o movimento indígena caminha para superar, nas instâncias nacional e regional, as distinções entre as etnias tribais, viabilizando progressivamente a construção de sua cidadania e tornando-a cada vez mais necessária para o homem e a mulher indígena (...) A luta por uma cidadania que contemple todos os direitos civis conquistados pelo cidadão da sociedade anfitriã, a par do direito específico à manutenção da identidade tribal — que não desaparece sob a identidade genérica (e política) de índio —, parece estar vencendo seus muitos obstáculos. Oxalá vença todos."16

Demonstrar-se-á, através do Quadro 4, organizado pelo CIMI, referências do exercício da cidadania indígena, diante da permanente resistência do Poder Público Federal em efetivar seus direitos:

<sup>15</sup> D'ANGELIS, Wilmar R. op. cit., p. 08.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, R. Cardoso de. op. cit., p. 31.

### Quadro 4 — Mobilizações Indígenas<sup>17</sup>

MOBILIZAÇÕES				
POVO	LOCAL	FATO	MOTIVO	PROVIDÊNCIA
Março Guarani- Kaioiwá	Área Ja- rará/MS	Retomada	Posse definitiva da área. A comunidade estava cansada dos seguidos e violentos despejos sofridos ao longo de vários anos	Suspensão do agravo de instrumento nº 96.03.030078-4, impetrado pelos invasores que exigia despejo dos índios.
Julho Guarani- Kaioiwá	Campo Grande/ MS	Movimento indígena conseguiu que STJ analisasse o julgamento que inocentou os assassinos de Marçal Tupã-i.	O líder Guarani foi assassinado em novembro de 1988 após o envolvimento nas lutas pela demarcação das terras indígenas.	O processo retorna à Justiça do Mato Grosso do Sul.
Agosto Guarani- Kaioiwá	Aldeia Jaguapiré/MS	Retomada de terra.	Posse de Terra tradicional	Em 10 de dezembro, o Supremo Tribunal Federal julgou favorável aos índios o Recurso Extraordinário de autoria da comunidade anulando a decisão que garantia a manutenção de posse da área em favor dos fazendeiros.
Setem- bro Índios de Roraima	Centro de Boa Vista	Manifestação com passeata	Reivindicar a demarcação contínua da área Indígena Raposa/Serra do Sol e a não emancipação do município de Uiramutã.	Em dezembro, ministro da Justiça expediu despacho que reduz a área indígena. Em outubro foram eleitos o prefeito e os vereadores do município.
Outubro Macuxi e Wapi- xana	Área Indígena Raposa/ Serra do Sol	Autodemarcação	Antes da chegada do ministro da Justiça, Nelson Jobin, os índios de Raposa/Serra do Sol tomaram iniciativa de fazer a autodemarcação da terra indígena segundo a delimitação de 1993, total de 1.678.800ha.	O despacho ministerial de dezembro não respeitou essa autodemarcação.
Outubro Kain- gang, Guarani e Xokleng	Área Toldo Pinhal	Retomada	Os índios recuperaram a área que tem Portaria de demarcação assinada há 2 anos. Durante o movimento, os índios fizeram 4 reféns, incluindo administrador FUNAI e diretor INCRA.	Em 10/12, após pressão da Organização Indígena APOIS, o INCRA assinou o decreto desapropriando área para reassentamento dos colonos.
Outubro Waimiri- Atroari	Presiden- te Figuei- redo	Bloqueio do acesso à BR 174	A intenção do povo indígena era impedir o escoamento de cassiterita da Mineradora Taboca, grupo Paranapanema em troca de pagamento justo para utilização da estrada que corta a área indígena.	Acordo com a empresa resolveu o impasse após 1 mês de negociações e paralisação dos trabalhos.
Novem- bro Xerente- TO	Brasília	Denunciaram o governo do Estado por aliciamento de lideranças	O governador e uma construtora tentam barganhar com os índios p/ favorecer o asfaltamento de estrada e fim das obras de ponte sobre rio do Sono, interior da área indígena.	No dia 20 de novembro o Juiz Marcelo Dolzany da Costa manteve o embargo das obras cfe. decisão Justiça Federal em 1993.
Dezem- bro Guaja- jara	Grajaú- MA	Bloqueio de estrada, seqüestro ônibus e caminhão d/150 pessoas	Reivindicar a recuperação da BR 226.	Um acordo entre a FUNAI e o DNER promete a construção da Rodovia.

FONTE: CIMI.

<sup>17</sup> CIMI. Semana dos Povos Indígenas – 1997. Povos Indígenas: no Neoliberalismo. Brasília : CIMI/CNBB, 1997, p. 4.

Abordar-se-á nos dois próximos itens o instituto da autonomia e terras indígenas, que somados a outros direitos dos povos indígenas como saúde, educação, sustentabilidade, proteção do ambiente, dos recursos naturais, dos bens materiais e espirituais, são elementos necessários na formulação do conceito de cidadania coletiva indígena e ao seu efetivo exercício.

### 3.2 A AUTONOMIA INDÍGENA

Analisa-se o instituto da autonomia pelo fato de constituir-se em elemento fundamental nas relações existentes entre os povos indígenas e o Estado brasileiro, por ser um direito originário dessas populações. Compõe os próprios usos e reivindicações, resguarda a garantia jurídica desses povos existirem étnica e culturalmente diferenciados. Por fim, é instituto jurídico presente no ordenamento jurídico do Estado brasileiro.

Gilberto L. Lopes e Héctor Dias Polanco<sup>18</sup> chamam a atenção para o fato de que a questão da autonomia não é nova no México, como não é no continente americano e em outras regiões do mundo, especialmente na Europa. Na América Latina, destaca-se a Nicarágua, que passou por um amplo debate e reflexão sobre a autonomia, que culminou com a aprovação, em abril de 1987, do Estatuto de Autonomia da Costa Atlântica e, mais recentemente no México, onde a questão da autonomia tem estado vinculada ao processo de democratização do país. Na Espanha, já se tem regimes de autonomia bem definidos política e juridicamente, como no caso Basco. Deste modo, referente à autonomia existe uma ampla e rica experiência acumulada em escala mundial. São casos que impulsionam a reflexão sobre a imperiosidade da construção de novas relações entre o Estado nacional e os grupos étnicos que o compõe e, particularmente, com os povos indígenas.

No Brasil, apesar da autonomia ter existência constitucional — em função de reivindicações e mobilizações indígenas — a análise teórica sobre ela é praticamente inexistente, assim como a busca de sua efetivação nas relações dos

<sup>18</sup> Cf. RIVAS, Gilberto Lopes e POLANCO, Héctor Diaz. *Movimento Indígena y Campesino – Fundamentos de las Autonomías Regionales*. In: *Cuadernos Agrários*. México, 1994.

povos indígenas com a sociedade não-índia. A construção do conceito de autonomia ocorre através do processo que inicia-se das condições históricas que viveu cada povo indígena, das relações estabelecidas com os Estados nacionais seguido das situações atuais enfrentadas por essas populações diante do estabelecimento de uma nova ordem mundial em que "(...) *tiende a identificar la modernidad con una globalización que pretende excluir las particularidades, la pluralidad étnica y las maneras distintas de vivir.*"<sup>19</sup> Essa elaboração assenta em um conjunto de pressupostos:

## A — DIREITO ORIGINÁRIO

É imprescindível lembrar que antes da chegada dos europeus e da conformação dos Estados nacionais na América, as populações desse continente existiam como povos livres, sem estarem submetidos a outras leis ou normas de conduta que não às suas próprias. Anterior ao processo que estruturou o Estado brasileiro os povos indígenas que aqui se encontravam possuíam formas próprias de se organizarem, ou seja, constituíam sociedades estruturadas de acordo com as especificidades étnicas e culturais de cada povo. Somam-se a isto os direitos que detinham sobre suas terras e seus bens materiais e imateriais.

Dessa forma, o direito originário constitui a possibilidade jurídica dos povos indígenas exercerem seus direitos a partir de seus valores, costumes, tradições, presentes nas suas organizações e instituições imemoriais que antecederam a criação do Estado brasileiro e os paradigmas das sociedades não-índias ocidentais. Bartolomé de Las Casas, no século XVI já defendia o direito pleno dos índios, legitimado pelo direito originário, no seu ensaio 'Princípios para defender a justiça dos índios', parte de sua 'Obra Indigenista':

"Deste terceiro princípio se infere: Quaisquer nações e povos, por infiéis que sejam, possuidores de terras e de reinos independentes, nos quais viveram desde o início,

---

<sup>19</sup> POLANCO, H. Díaz. **Pueblos Indios** : *Autonomía y Territorialidad*. México : CIESAS, 1992, p. 74. (trad. livre: Tende a identificar a modernidade com uma globalização que pretende excluir as particularidades, a pluralidade étnica e as maneiras distintas de viver).



são povos livres e que não reconhecem fora de si nenhum superior, exceto os seus próprios, e este superior ou estes superiores têm a mesma pleníssima potestade e os mesmos direitos do príncipe supremo em seus reinos, que os que agora possui o imperador em seu império.

(...) todas estas nações e povos são livres e também o são as terras que habitam, e não parecem reconhecer fora de si nenhum senhor nem superior, tanto de suas pessoas como de suas terras e coisas particulares. Isso se evidencia, levando-se em conta que há cinqüenta e três anos não se tinha nenhuma notícia deles no mundo. Têm também regiões e reinos independentes, e nestes exercem desde tempos imemoriais domínio e jurisdição livres e direito de mando; e ocuparam e habitaram essas regiões por autorização e concessão divinas, desde o princípio, por tê-las encontrado desocupadas e sem que fizessem parte dos bens e posses de ninguém (...).<sup>20</sup>

## B — PRÓPRIO USO E REIVINDICAÇÕES

A elaboração conceitual e a existência jurídica da autonomia passa, necessariamente, pelas lutas e resistência dos povos indígenas de viverem de acordo com seus costumes, tradições, crenças e suas organizações sociais, políticas, econômicas e jurídicas diante do processo de expropriação e genocídio a que foram submetidos nesses quase quinhentos anos de construção do Estado brasileiro.

No Brasil, a reivindicação organizada pelos povos indígenas do direito à autonomia ocorre durante os trabalhos de reflexão e participação na Assembléia Nacional Constituinte (1986 a 1988). A autonomia e cidadania plena<sup>21</sup> foram propostas aprovadas num encontro de entidades convocadas pela UNI, em maio de 1986, em São Paulo. A organização e pressão dos movimentos indígenas no Brasil somado à recolocação da questão étnica em nível mundial, principalmente em função da reorganização política na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e das ações dos indígenas em Chiapas, no México, gera a ampliação da reflexão sobre a autonomia na década de 90.

Em recente pronunciamento, o líder indígena Gerson Baniwa, discorreu sobre a autonomia: "O processo de autonomia passa pelos nossos processos de lutas, algumas mais formais (organizações) e outras não. (...) Um passo já dado foi o

<sup>20</sup> LAS CASAS, Bartolomé de. Princípios para Defender a Justiça dos Índios. In: **Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá/NDI, 1992, p. 21 e 27.

<sup>21</sup> **Jornal Porantim**, nº 86, 1986, p. 04.

resgate do orgulho e da reafirmação de nossas identidades étnicas. Nasce aí a idéia da autonomia.<sup>22</sup>

Nesse sentido, Gilberto L. Rivas e Hector D. Polanco advertem que a autonomia é

*"(...) una reivindicación sentida de los pueblos indios. Esta se expresa de dos maneras: a) explicitamente en las plataformas, programas, proclamas o pronunciamientos de numerosas organizaciones indígenas independientes; implícitamente – es decir, sin utilizar de manera expresa el término "autonomía" – en las demandas planteada por los diversos grupos étnicos (demandas de territorios, participación política, democracia, respeto a lenguas, tradiciones y costumbres, etcétera). De paso debe indicarse que las demandas de autonomía tienen una expresión internacional, tanto en el movimiento indígena continental como en los foros de Naciones Unidas. A este respecto pueden consultarse las Declaraciones finales de los tres Encuentros Continentales de Pueblos Indios de 1990, 91 y 92 (celebrados en Ecuador, Guatemala y Nicaragua, respectivamente) y la propuesta de una Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que prepara la ONU. La lista indicativa de organizaciones indias que reclaman la autonomía en el continente sería larga."*<sup>23</sup>

Desse modo, a autonomia é a possibilidade conquistada pelos povos indígenas de participarem no Estado brasileiro sem renunciar ao seu direito fundamental de viver de acordo com o uso de suas próprias organizações socioculturais e de poder desenvolver seus modos de vida de forma etnicamente diferenciada. Nessa perspectiva, o citado autor observa que *"(...) existe también un fundamento interno que configura el régimen autonómico: el reconocimiento de la pluralidad de la conformación nacional, es decir, de la existencia misma de las comunidades étnicas integrantes y de que a éstas, por ser tales, les corresponde un conjunto de derechos que debe cobrar vida en el marco del Estado."*<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Líder Indígena do Povo Baniwa, da Região Amazônica. Conferência na XXV Assembléia Nacional do CIMI, em 04.12.97. Brasília DF.

<sup>23</sup> RIVAS, Gilberto Lopes e POLANCO, Héctor Díaz. Op. Cit., p. 14. (Trad. livre: (...) uma reivindicação sentida dos povos indígenas. É representada de duas formas: a) explicitamente nas plataformas, programas, proclamações ou pronunciamientos de muitas organizações indígenas independentes – sem utilizar a maneira expressa do termo 'autonomia' – nas demandas feitas por diversos grupos étnicos (demanda de territórios, participação política, democracia, respeito a línguas, tradições e costumes, etc.). é bom indicar que as demandas de autonomia têm uma expressão internacional no movimento continental e nos Foruns das Nações Unidas. Em respeito a isto pode-se consultar as declarações finais dos três Encontros Continentais de povos indígenas de 1990, 1991 e 1992 (realizados no Equador, Guatemala e Nicarágua, respectivamente). E a proposta de uma declaração universal sobre os direitos dos povos indígenas que prepara a ONU. A lista indicativa de organizações indígenas, que não aceitam a autonomia do Continente seria grande).

<sup>24</sup> POLANCO, Héctor Díaz. Autonomia Regional - La Autodeterminación de los Pueblos Indios. México: UNAN/Siglo Veinteuno, 1991, p. 155. (Trad. livre: (...) existe também um fundamento que

## C — INSTITUTO JURÍDICO-POLÍTICO

A elaboração do conceito de autonomia tem como terceiro pressuposto a presença desse instituto no ordenamento jurídico-político do Estado nação. Nesse sentido discorre Hector D. Polanco que "(...) *el fundamento político y jurídico que da existencia y que norma la operacion de un régimen autonómico para un conglomerado humano deriva de una fuente que es, por decirlo así, externa a dicha comunidad: emana de la ley sustantiva que funda la vida del Estado nacional (...).*"<sup>25</sup>

Conforme análise anterior, o processo de lutas e resistência dos povos indígenas sempre constituiu-se contrário aos objetivos assimilacionistas contidos no processo de sedimentação do Estado brasileiro, e que destaca-se dentre suas conquistas a ocorrida no processo constituinte (1986 a 1988), culminando com a inclusão na Constituição Federal de 1988, de dispositivos amplamente favoráveis às reivindicações desses povos. O recebimento pela atual Constituição Federal do instituto da autonomia significa a inclusão de um novo marco teórico-jurídico no ordenamento do Estado brasileiro.

Inaugura a Constituição em vigor uma relação com os povos indígenas cuja base é o respeito à diversidade étnica e cultural. Estabelece os elementos fundamentais para a formulação do conceito do instituto da autonomia, que pressupõem o reconhecimento de uma dimensão político-jurídica própria desses povos, ou seja, o modo específico de se organizarem e viverem em sociedade, enquanto *Guarani, Xokleng, Baniwa, Pataxó* e dezenas de outros povos localizados no território do Estado brasileiro.

---

configura o regime autônomo: o reconhecimento da pluralidade da conformação nacional, é a mesma existência das comunidades étnicas integrantes, que correspondem a um conjunto de direitos que deve cobrar vida no marco do Estado).

<sup>25</sup> POLANCO, Héctor Diaz. op. cit., p. 154. (Trad. livre: (...) o fundamento político e jurídico da existência e que regem a operação de um regime autônomo para um conglomerado humano, derivam de uma fonte que é externa, a dita comunidade: emana da lei substantiva, que funda a vida do Estado Nacional).

## D — PLENO EXERCÍCIO

Agrega-se à construção do conceito de autonomia a necessidade da garantia e da especificidade étnico-cultural e dos direitos dos povos indígenas, explicitada através da:

- a) preservação e desenvolvimento da cultura, ou seja, línguas, tradições, costumes, crenças, religiões, ritos, lugares sagrados e organização social;
- b) demarcação de suas terras de ocupação tradicional;
- c) possibilidade do controle sobre seus territórios, o que implica proteção dos recursos naturais necessários à sua reprodução física e cultural, o manejo tradicional do ambiente, o poder de decidir sobre a permanência em suas terras de pessoas estranhas à comunidade;
- d) atuação de órgãos públicos em território indígena ser condicionada ao respeito às suas organizações;
- e) preservação e desenvolvimento das instituições próprias de cada povo indígena;
- f) aplicação de normas, costumes, sanções e outros elementos próprios do ordenamento jurídico de cada povo como, por exemplo, o direito de aplicar suas instituições penais nos crimes praticados entre seus membros e a liberdade de pautar a conduta dos membros da comunidade;
- g) autogestão dos seus recursos e patrimônio que possibilite a auto-suficiência econômica;
- h) estruturação e organização dos sistemas educacionais e de saúde a partir de suas próprias formas de conhecimento, métodos de aprendizagem, grade curricular, prevenção, cura, modos de administração e funcionamento das unidades escolares e de saúde, aliadas ao conhecimento da sociedade não-índia;

- i) liberdade e condições de implementação de relação entre os diversos povos indígenas através de assembleias, encontros, festas, estudos, etc.;
- j) efetivação de um diálogo intercultural dos povos indígenas com o conjunto da sociedade brasileira não-índia;
- k) participação ativa dos povos indígenas para exercerem seus direitos individuais e coletivos no interior do Estado brasileiro como, por exemplo, nas decisões do poder público que os afetam, no processo de formulação das normas legais e constitucionais do ordenamento jurídico ao qual estão submetidos e nas representações indígenas junto ao poder público municipal, estadual e federal;
- l) criação de fundos nacionais para o desenvolvimento das regiões habitadas pelos povos indígenas com serviços públicos, saúde, educação, moradia, desenvolvimento econômico, etc.

Considerando todo o processo expropriatório analisado anteriormente e as diferenças étnico-culturais dos povos indígenas, esse tratamento diferenciado (mas sem quaisquer privilégios) é inerente à autonomia e imprescindível a um Estado pluriétnico. Nessa direção Héctor D. Polanco considera que

*"(...) Decretar la igualdad entre desiguales, sin establecer las condiciones particulares que efectivamente compensen las desventajas de hecho, sólo tiene como consecuencia profundizar aún más la desigualdad. En las sociedades actuales, la desigualdad que padecen las etnias se expresa como una simetría negativa. La autonomía vendría, no a instituir una simetría ficticia o una igualdad meramente formal, sino a poner en operación un conjunto de nuevas relaciones para configurar una asimetría positiva que, precisamente por sus efectos compensadores, establece los requisitos para el logro de la igualdad real. Para alcanzar la igualdad entre desiguales es preciso que, al menos durante una fase determinada, los menos favorecidos reciban no igual, sino más: reconocimiento de derechos especiales, más garantías, más apoyos, más recursos, etc. En suma, el espíritu de la autonomía supone poner en práctica una solidaridad y fraternidad nacionales que se expresan como asimetría positiva. Es en este sentido que el sistema autonómico constituye un 'régimen especial'".<sup>26</sup>*

<sup>26</sup> POLANCO, Héctor Díaz. op. cit., p. 155-156. (Trad. livre: Decretar a igualdade entre desiguais sem estabelecer as condições particulares que compensam a desvantagem do fato, tem como consequência profundizar ainda mais a desigualdade nas atuais sociedades. A desigualdade que padecem expressa uma simetria negativa. A autonomia não viria para instituir uma simetria fictícia ou uma igualdade formal, mas para pôr um conjunto de novas relações, para configurar uma simetria positiva, que, precisamente pelos efeitos

### 3.2.1 Concepções e conceitos

Apesar de haver uma ampla e rica experiência acumulada em escala mundial referente à autonomia, é necessário considerar que não há uma fórmula pronta para conceituar esse instituto. Não existe uma receita única, aplicável a qualquer situação. Ao contrário, pensar a autonomia é um exercício intelectual que deve partir das circunstâncias concretas de cada caso.

Uma das concepções sobre a autonomia indígena, oriunda das "(...) ideologias militaristas que degeneram frecuentemente en una paranoia geopolítica, consideran que las sociedades indígenas no constituyen pueblos diferenciados sino grupos potencialmente subversivos, y por tanto los tratan como un peligro para la unidad nacional. Las reivindicaciones de los indígenas para obtener un reordenamiento territorial y mayor autonomía lingüística y cultural son asumidas entonces como se fueran manifestaciones separatistas"<sup>27</sup>, e que passaria necessariamente pela constituição de novos Estados, são freqüentemente reafirmadas por outros setores contrários aos direitos indígenas, "para justificar a diminuição de suas terras e a usurpação de seu patrimônio."<sup>28</sup> Nesse sentido complementa o referido autor que

*"En efecto, en Latinoamérica ninguna organización indígena com representación pretende declarar soberanía política, crear su próprio Estado nacional o pronunciarse por la independencia. Éstos son inventos de intelectuales muy alejados (en Washington) de la realidad indígena. (...) En cualquier caso, los pueblos indios no está preocupados por la separación, sino por garantizar el ejercicio de sus derechos."*<sup>29</sup>

---

compensadores, estabelece os requisitos para uma real igualdade entre os desiguais, é preciso, no mínimo, numa fase determinada, que os menos favorecidos não recebam igual, e sim mais: reconhecimento aos direitos especiais, mais garantias, mais apoio, mais recursos, etc. Somando o espírito da autonomia, põem em prática uma solidariedade e fraternidade nacional, que expressa-se como simetria positiva. É assim que o sistema autônomo constitui um 'regime especial').

<sup>27</sup> **Declaración de Barbados III**. Rio de Janeiro, 10/12/1993, p. 04. (Trad. livre: (...) ideologias militaristas que resultam freqüentemente numa paranóia geopolítica, consideran que as sociedades indígenas não constituem povos diferenciados, mas grupos potencialmente subversivos, e, portanto, os tratam como um perigo para a unidade nacional. As reivindicações dos indígenas para obterem um reordenamento territorial e maior autonomia lingüística e cultural são assumidos então como se fossem manifestações separatistas).

<sup>28</sup> **Jornal Porantim**, mar/94, p. 07.

<sup>29</sup> POLANCO, Héctor Díaz., op. cit., p. 162. (Trad. livre: Com efeito, na América Latina nenhuma organização indígena com representação pretende declarar soberania política, criar seu próprio Estado Nacional ou se pronunciar pela independência. Esses são intentos ou intelectuais muito distantes (*Washington*) da realidade indígena. Em qualquer caso, os povos indígenas não estão preocupados pela separação, mas garantir o exercício de seus direitos).

Héctor D. Polanco enfatiza esta estratégia dos E.U.A. (Estados Unidos da América), em consolidar a concepção separatista da autonomia através de exemplo da incitação dos povos indígenas na Costa Atlântica da Nicarágua ao rompimento da unidade nacional: *"(...) Esa interpretación de la autodeterminación india no respondía a las demandas de las etnias de Nicaragua, sino a la propia obsesión del gobierno norteamericano: separar a los indígenas del proyecto popular de los sandinistas y, en general, socavar el programa de unidad y liberación nacionales que levantó la Revolución nicaragüense."*<sup>30</sup>

Na mesma direção, Gersen Baniwa discorre sobre esta concepção de autonomia dizendo que *"(...) Nossas reflexões no movimento indígena quanto à autonomia não abordam, nem há perspectivas, da possibilidade de autodeterminação, enquanto Estados soberanos, como ocorre em outros países. Um dos fatores é o próprio número da população indígena."*<sup>31</sup> Desse modo, esta concepção carece de visibilidade, considerando-se a conjuntura atual, as perspectivas dos povos indígenas e, principalmente, pelo fato do conceito do Estado soberano ser *"algo estranho às tradições culturais desses povos."*<sup>32</sup>

A outra concepção de autonomia, que estabelece a base teórica para a formulação de seu conceito, caracteriza-se pelas reivindicações indígenas de serem reconhecidos enquanto povos, étnica e culturalmente diferenciados, no marco do Estado soberano onde estão situados, ou seja, este Estado constituir-se como pluriétnico e multicultural, respeitando e garantindo estas especificidades. Nessa perspectiva Héctor D. Polanco afirma que a autonomia estabelece-se

*"(...) en el marco de estados nacionales determinados. En ente autónomo no cobra existencia por sí mismo, sino que su conformación en cuanto tal se realiza como parte de la vida político-jurídica de un Estado. El régimen de autonomía responde a la necesidad de busca formas de integración política del Estado nacional que estén basadas en la coordinación y no en la subordinación de sus colectividades parciales. Por consiguiente, en tanto colectividad política, una*

<sup>30</sup> POLANCO, Héctor Díaz., op. cit., p. 61. (Trad. livre: Esta interpretação da autodeterminação indígena não responde às demandas da Nicarágua, mas à obsessão própria do governo norte-americano: separar os indígenas do projeto popular dos sandinistas é, em geral, o programa da unidade e libertação nacional que criou a Revolução Nicaraguense).

<sup>31</sup> BANIWA, Gersen, op. cit.

<sup>32</sup> Jornal Porantim, op. cit p. 07

*comunidade o región autónoma se constituye como parte integrante dei Estado nacional correspondiente.*<sup>33</sup>

Essa concepção contrariamente àquela, fornece elementos teóricos para sustentar que a autonomia não só não vai contra a unidade nacional, não somente não constitui um problema de segurança nacional, mas, ao contrário, é a melhor forma de resolver problemas que poderiam, sim, levar ao separatismo. Assim, o mencionado autor estabelece um entendimento:

*"(...) para los pueblos indios la autonomía no constituiría una demanda más, sino la "demanda madre": pieza clave de todo un diseño de sociedad que ya no sería sólo el proyecto de los grupos étnicos, sino de una constelación de fuerzas y sectores (indios y no indios) que propugnan por la pluralidad.*

*(...) La autonomía entonces es un sistema jurídico-político a alcanzar, una meta, mas también es um movimiento actual y en desarrollo. Está pendiente de estudio esta rica senda, sembrada, de unas experiencias y enseñanzas que, a su vez, deben fertilizar los futuros y cruciales trechos por recorrer."*<sup>34</sup>

Diante do reduzido número de investigações teóricas jurídico-antropológicas referentes aos sistemas jurídicos nos povos indígenas no Estado brasileiro, Francisco B. Aguirre considera "(...) a existência de um sistema jurídico como uma questão a desvelar, não como um pressuposto formal de trabalho."<sup>35</sup> Considerando a premissa que os povos indígenas possuem em suas instituições sociopolíticas sistemas jurídicos que atendem suas expectativas de solução dos conflitos, de organização e convívio social há milênios e de pretensão da racionalidade ocidental ter formulado o referencial teócnio-jurídico para a humanidade, o citado autor realiza irreverente afirmação:

<sup>33</sup> POLANCO, Héctor Díaz. Op. Cit. 153. (Trad. livre: (...) no marco dos Estados Nacionais determinados, no ente autónomo não existe por si mesmo, mas é conformado quando tal se realiza como parte da vida político-jurídica de um Estado. O regime de autonomia responde à necessidade de buscar formas de integração política do Estado Nacional que estejam baseadas na coordenação e na subcoordenação das suas coletividades parciais. No entanto, coletividade política, uma comunidade ou região autónoma se constitui como parte integrante do Estado Nacional correspondente).

<sup>34</sup> POLANCO, Héctor Díaz. Op. Cit., p. 80-81. (Trad. livre: (...) para os povos indígenas, a autonomia não constituiria uma demanda, mas uma 'demanda mãe': peça principal de um desenho da sociedade que não seria só o projeto de grupos étnicos, mas uma constelação de forças e setores (indígenas e não-indígenas) que propõem a pluralidade. A autonomia é um sistema jurídico-político para se alcançar, uma meta, mas também é um movimento atual em desenvolvimento. Depende do estudo, está sendo semeada por experiências e ensinamentos, que no seu tempo deve fertilizar os futuros e cruciais trechos para percorrer).

<sup>35</sup> AGUIRRE, Francisco Ballón. Sistema Jurídico Aguaruna e Positivismo. In: **Qual Direito?** Rio de Janeiro: IAJUP/FASE, 1991, p. 12.



"(...) as instituições existentes na realidade (particular) ocidental são catalogadas como constitutivas do direito (universal), e , ao não encontrá-las igualmente precisas e definidas em outras sociedades (particulares), conclui-se que aquelas não contam com nenhuma forma de direito. Inversamente, poderia ser feita uma afirmação irreverente : o direito ocidental (particular) não existe, pois não se ajusta aos modelos indígenas de normatividade e controle social que são os que dão conta do direito (universal), de todo o direito."<sup>36</sup>

### 3.2.2 O direito indígena no Peru, Colômbia e Brasil

Inicialmente, é importante considerar que o 'direito indígena' refere-se à produção e utilização de institutos jurídicos específicos de determinada comunidade indígena. Destaca-se considerações dos autores citados abaixo sem maiores análises, pois não constitui objetivo deste trabalho a investigação do Direito desses povos, mas, particularmente, exemplificar experiências do exercício da autonomia e ilustrar a necessidade deste tipo de pesquisa nas inúmeras possibilidades existentes entre os povos indígenas no Brasil. No Peru, Francisco B. Aguirre fornece elementos de análise do direito do povo indígena Aguaruna.

"A confluência de vários fatores determina o nascimento da chamada justiça nativa entre os Aguaruna do Alto Marañón. O primeiro deles, (...) é o impacto produzido pela presença dos novos valores e instituições que provêm de agentes externos ao grupo. (...). Um segundo fator é a experiência acumulada sobre o tratamento dos problemas entre os Aguaruna quando foram levados a uma instância não indígena, como o tenente-governador ou o juiz de paz. (...). Não tenho maiores dúvidas sobre a posição crítica dos Aguaruna, ao menos de uma parte considerável deles, em relação a certas práticas tradicionais. Paralelamente, eles estão conscientes de que as soluções buscadas nos aparelhos externos resultaram ineficientes e contraproducentes. (...) Está absolutamente claro que os Aguaruna não se referem a uma responsabilidade pessoal, mas a uma de tipo familiar; embora um indivíduo seja responsável direto, tanto o dano produzido como sua reparação encontram-se além dele mesmo: aludem aos seus laços genealógicos e à sua posição nos segmentos. (...). Em outro caso, um professor aguaruna denuncia outro nativo no posto da Guarda Civil no posto da Guarda Civil de Chiriaco, acusando-o de ter violado uma de suas filhas. Acompanhado de efetivos policiais, procura pelo culpado, sem êxito. Tanto o professor como os guardas civis querem que o juiz nativo capture o culpado e o entregue, gritando quando ele se recusa. O juiz alega que o caso não lhe foi comunicado primeiramente, e que não deu permissão à Guarda Civil para que vá às comunidades. Frente a tal resposta, eles se vêm obrigados a retirar-se. Na opinião dos informantes, o juiz se fez respeitar e o

<sup>36</sup> AGUIRRE, Francisco Ballón. Op. Cit., p. 15.

Aguaruna que denunciou sabe que enquanto não passar pelo julgamento nativo não poderá encontrar o culpado.”<sup>37</sup>

Demonstra-se com trechos da obra do citado autor que este povo teve uma experiência de grande influência externa não-índia similar às vivenciadas pelos indígenas no Brasil. Destaca-se um valor cultural percebido pelo autor, que é fator fundamental para a racionalidade jurídica de cada povo. O exemplo salientado demonstra a real possibilidade do exercício da autonomia no marco de um Estado soberano. Nota-se que essa experiência dos Aguaruna em assimilar durante o processo de expropriação que detêm um poder interno, que se solidifica a partir da afirmação de seus elementos culturais, no caso o direito consuetudinário da comunidade, somado aos fatores não-indígenas considerados positivos e, assim, incorporados em sua organização sociojurídica. Reforça-se a concepção analisada através da consideração do referido autor: “(...) Efetivamente, não se trata de um mundo isolado, alheio ao futuro nacional, mas tampouco é rígido ou estático; a idéia de um mundo paralelo é negada pela realidade: o horizonte nacional confina em sua lógica todos os atores sociais, indígenas e não indígenas.”<sup>38</sup>

Na Colômbia, Camilo Barrero, também investiga o direito indígena, no caso, das comunidades indígenas desse país:

“A - O processo vivido na Colômbia de reconstituição de comunidades indígenas que haviam perdido sua identidade própria e se haviam transformado em segmentos mistos de camponeses.

B - A tensão entre direito oficial e as normas comunitárias no interior destes grupos (...) Um dos aspectos que se tem prestado a divergências é a determinação do alcance das regulações controladas pelas novas autoridades comunais. (...) se seguiria um caminho marcado pelos seguintes postulados: recupera-se o ser indígena e adere-se à legislação que protege os indígenas. Como esta estabelece em que pode basear-se a autoridade dos cabildos, aplica-se esta nova autoridade às matérias ali indicadas. (...) Em princípio o cabildo, organização máxima interna de cada um dos grupos indígenas que pertencem a uma reserva, seria a entidade comunitária depositária da faculdade de administrar justiça em relação aos assuntos da sua própria comunidade. (...), a função do cabilda não é dada pelos votantes. Ela não é adquirida com o voto, mas sim com a implementação de determinadas relações sociais. Se não for assim, o cabilda adquirirá as mesmas características da autoridade estatal liberal e duplicará suas funções deficientemente. (...). Não existe, por assim dizer, fidelidade às decisões do cabildo,

<sup>37</sup> AGUIRRE, Francisco Ballón. Op. Cit., p. 21, 23, 27 e 29.

<sup>38</sup> AGUIRRE, Francisco Ballón. Op. Cit., p. 29.

e, às vezes, tem-se a sensação de que se recorre a ele devido ao elevado custo que implicaria recorrer às autoridades locais oficiais. (...) Resumindo, pode-se observar que é reduzido o quadro de aplicações de regulações internas diferentes das previstas na legalidade oficial, que reflitam a vida comunitária que se quer incentivar. (...), as comunidades deverão estabelecer formas autônomas de regulação de sua própria vida cotidiana. Isto é, deverão desenvolver seu próprio direito de usos e costumes, deverão encontrar em si mesmas a força reguladora que as faça crescer e fortalecer-se.<sup>39</sup>

Esse exemplo que Camilo Borrero apresenta da experiência do direito dos povos indígenas na Colômbia é muito próximo da realidade vivenciada por inúmeros povos no Brasil, principalmente nas regiões nordeste, sudeste e sul, no tocante ao processo de reconstituição das comunidades e de reassumir-se enquanto indígena, bem como das dificuldades em estabelecer as condições para o funcionamento das instituições jurídicas internas. Ressalta a importância de terem assumido sua identidade étnica e reconstruído suas comunidades e organizações diante do violento processo integracionista e, que este é o caminho para garantirem a autonomia e viverem novamente de acordo com suas especificidades culturais.

Apesar da dificuldade em localizar pesquisadores que tenham investigado o direito recente e atual dos povos indígenas no Brasil, Roberto Lyra, citando vários autores, elucida a existência do direito indígena desde a chegada dos portugueses em terras brasileiras. Destaca-se alguns enfoques de sua obra 'O Direito Penal dos Índios':

"(...) Os índios são os mais brasileiros dos brasileiros e, antes da descoberta oficial, não se podia falar numa pátria, numa nação para a sinonímia cívica de patriotismo, nacionalismo e indianismo, teremos de vêr, no autotone, o contingente puro do Brasil na sua elaboração originária. (...) No primeiro contato com o invasor, os selvagens deram uma lição aos civilizados. Quem a documenta é exatamente, crônista fornecido pelo acaso em carta aos patrões - Pero Vaz Caminha. Partem os expedicionários e abandonam, na terra, os degredados, entre os 'antropófagos' armados, sem possibilidade de socorro ou assistência, condenados a todos os horrores e perigos. Ajoelham-se os degredados, suplicando misericórdia, entre lágrimas e acenos para a frota em marcha. Mas, os civilizados são insensíveis àquele quadro de desespero e de pavor: E os selvagens aproximam-se dos degredados, acariciando-os, confortando-os. Selvagens! Civilizados!"<sup>40</sup>. Na busca

<sup>39</sup> BORRERO, Camilo. A pluralidade como direito. In: **Qual Direito?** Rio de Janeiro : IAJUP/FASE, 1991, p. 41, 59, 61, 64, 66.

<sup>40</sup> LYRA, Roberto. O Direito Penal dos Índios. In: **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba : Juruá/NDI, 1992, p. 127, 139.

de demonstrar o efetivo direito indígena, o referido autor cita, também, passagens da obra de Rocha Pombo:

"(...). Seria bastante um exame apenas mais cuidadoso da sociedade indígena para se lograr a certeza desta noção: o direito entre os índios, quer na tribo quer na taba, quer mesmo na família, era um fenômeno tão real pelo menos, como o é entre os povos mais cultos. Apenas não havia, na sociedade rude das selvas, o direito escrito.(...). Na taba todos são verdadeiros irmãos, e ainda na tribo, onde a vida é mais ampla, nunca sente diante de si um legítimo senhor nem no mais forte, pois a força só é uma virtude exercida contra um inimigo. O índio é absolutamente livre de fazer o que entende, contanto que não comprometa a segurança e os interesses da tribo e não se encontre com a liberdade do seu camarada. Afinal, em essência, não é outra a condição civil nos Estados mais cultos. (...) - e não se sabe si ao processo do selvagem se deve atribuir o espírito intenso de fraternal solidariedade e o profundo sentimento de concórdia dominantes nas tribos e em contraste com o estado de conflito permanente em que se vive no seio da civilização."<sup>41</sup>

Destaca Roberto Lyra, a partir das referências de M. de Oliveira, aspectos relevantes do direito indígena que habitavam a aldeia de Lamalonga, à margem direita do rio Negro:

"Puniam-se a perfídia, a deserção, sobretudo contra a tribo (pois que era nas relações de tribus que melhor se havia consolidado o direito). O índio que se recusava combater ou que se passava para o inimigo - era irremessivelmente punido de morte. Os próprios pais eram os primeiros a perseguir o transfuga ou o covarde. (...). Punia-se ainda o roubo (de uma taba para outra porque na mesma taba tudo era comum). (...) Mas convém que se note ainda: não era somente o direito militar e o que se poderia chamar direito das tribos (equivalente ao direito das gentes entre os gregos e os romanos) - não eram somente esses aspectos de vida coletiva que se achavam fixados: o próprio direito civil estava pela tradição instituído: as relações entre o pai e o filho, entre o marido e a mulher, entre o senhor e o escravo, entre os membros da taba, entre as famílias da oca, etc. Além de um código penal que todos executavam, é preciso reconhecer mesmo um direito judiciário, isto é, - a aplicação de penas por um juiz, e isto sedava sempre que o delito assumia proporções de certa gravidade ou importava mais que simples dano individual."<sup>42</sup>

No mesmo sentido de comprovar a presença do direito nas instituições sociopolíticas dos povos indígenas, o referido autor ressalta o trabalho de mais dois pesquisadores:

<sup>41</sup> ROCHA POMBO. Apud LYRA, Roberto. op. cit., p. 128,130.

<sup>42</sup> LYRA, Roberto. op. cit., p. 132.

"COUTO DE MAGALHÃES recolhera aquela lenda do índio que, por ilusão de Anhangá, viu a sua própria mãe na veada que matara depois de atraí-la com os gritos do veadozinho amamentado. Dela extraiu CLOVIS BEVILAQUA este artigo de lei: 'É proibido matar animais de caça durante o período em que amamentam os filhos. (...) CLOVIS assinala, nomeadamente, os chefes militares (che rubichaba), os conselhos de anciãos, o talião e a vindita por família, as penas às mulheres adúlteras, a quase nula repressão do furto e a proibição de matar animais de caça durante o período em que amamentam o filho'."<sup>43</sup>

Finalmente, Roberto Lyra, à guisa de conclusão, referente ao seu ensaio sobre o direito dos povos indígenas no Brasil, destaca que

"Portanto, na época da descoberta, não só existia um Direito Penal indígena, embora não escrito, com êsse, era mais humano do que o dos civilizados da mesma época. E aquele Direito representava muito mais do que 'magros resíduos de direito infantil e bronco' (MARTINS JUNIOR). (...) E, quando reconhecida a propriedade privada, respeitava-se a sentença a que alude THEVET: 'Reputar-se-á para sempre deshonrado o selvagem que, possuindo qualquer coisa, não suprisse o vizinho ou parente que carecesse dela'."<sup>44</sup>

Roberto Lyra possibilita a compreensão da existência de sociedades indígenas dotadas de estruturas sociais organizadas, e nelas, a presença destacada do direito indígena nos mais diversos campos como penal, civil, ambiental, administrativo e família, que atendia às expectativas de segurança e estabilidade para o convívio destes povos. Ressalta elementos culturais próprios dessas sociedades, no caso, as lendas, que compõem sua racionalidade jurídica. Busca destacar fatos e valores presentes nas instituições jurídicas dos povos indígenas comparando-os aos valores e práticas das sociedades não-índias, demonstrando que aquelas possuem elementos de solidariedade, seguramente, ausentes nestas.

Ressalta-se a pesquisa de Thais Luzia Colaço (1998), obra inédita no tocante à investigação do Direito das Comunidades Indígenas no Brasil. Investiga o Direito dos Guarani no período pré-colonial. Destaca o sistema e os princípios jurídicos presentes na organização social desse povo. Analisa a relação estabelecida com os padres europeus nas missões jesuíticas. Reflete sobre o instituto da tutela e a respeito da incapacidade imposta aos indígenas pelos

<sup>43</sup> LYRA, Roberto. op. cit., p. 134.

religiosos católicos. Constitui investigação fundamental na busca do reconhecimento das instituições das sociedades indígenas nesse processo de estabelecer os parâmetros nas relações com o Estado brasileiro, para efetivar-se a autonomia indígena, como ordena a Constituição Federal.

Dessa maneira, evidencia-se que os povos indígenas no continente americano e, particularmente, no Brasil, organizam-se imemorialmente em sociedades dotadas de inúmeros componentes étnico-culturais específicos de cada um deles, que necessitam ser resguardados enquanto direito imprescindível à sua existência diferenciada no conjunto da população do Estado brasileiro. É imperioso o desafio de ampliar o conhecimento sobre os sistemas jurídicos dos *Kaingang*, *Guarani*, *Xokleng* e dezenas de povos indígenas que se organizam em milhares de comunidades, como possibilidade emergencial de contribuir nas relações entre estes e o Estado, calcadas no respeito a essa diversidade étnico-cultural.

### 3.3 UMA EXPERIÊNCIA DE PLURALIDADE E DE CIDADANIA INDÍGENA : OS KAINGANG DO PINHAL

Não obstante o avanço constitucional de estabelecer novos parâmetros de relacionamento do Estado brasileiro com as populações indígenas, tendo como parâmetro o respeito às suas investigações sociopolíticas e manter a proteção às suas terras de ocupação tradicional, permanece a resistência estatal, através da preponderância de forças conservadoras e antiindígenas de efetivar na prática esses mandamentos. Contudo, os povos indígenas têm firmado seu entendimento do exercício de uma nova cidadania, reivindicando a implementação de seus direitos, destacadamente no seu direito às suas terras e à sua autonomia. Essa prática está referendada pela elaboração teórica presente no novo pluralismo jurídico, que oferece os elementos para fundamentação das possibilidades político-jurídica desses novos sujeitos coletivos.

---

<sup>44</sup> LYRA, Roberto. op. cit., p. 138.

O direito ao exercício de autonomia e o acesso às suas terras pelas comunidades indígenas são condições inerentes da dimensão étnica da nova cidadania, que é pressuposto do novo paradigma político-jurídico garantindo a possibilidade dessas populações continuarem existindo étnica e culturalmente diferenciadas. Respaladas pelo ineficaz paradigma monista centralizador, estiveram próximas ao desaparecimento, tornando-se parte indistinta da sociedade não-indígena.

O acesso às suas terras de ocupação tradicional é um pressuposto para que uma comunidade indígena possa existir enquanto tal. É, desse modo, componente fundamental para o exercício da cidadania coletiva dos povos indígenas. Não há como falar em índio sem o seu vínculo com a terra, onde possa vivenciar suas crenças, tradições, religiosidade, relações sociais e estabelecer suas instituições político-jurídicas. Essa ligação do índio com suas terras está assentada em uma concepção distinta da concepção ocidental não-índia. Anthony Seeger e Eduardo B. V. de Castro enfatizam essas diferenças:

"(...) é preciso sublinhar a diferença entre um conceito de terra como meio de produção, lugar do trabalho agrícola ou solo aonde se distribuem recursos animais e de coleta, e o conceito de território tribal, de dimensões sócio-político-cosmológicas mais amplas. Vários grupos indígenas dependem, na construção de sua identidade tribal distintiva, de uma relação mitológica com um território, sítio de criação do mundo, memória tribal, mapa do cosmos.(...)."<sup>45</sup>

Particularmente, o vínculo do povo *Kaingang* com a terra tem suas especificidades étnico-culturais, conforme discorre Wilmar R. D'Angelis:

"a) A relação dos Kaingang com a terra está, a meu ver, centrada na sua relação com os mortos, e uma comunidade Kaingang está, nesse espaço físico que é sua terra, interagindo com as outras gerações. \* (...) Em sua fidelidade ao seu lugar os Kaingang invariavelmente apelam para "não abandonar os antigos", não deixar seus mortos é não deixar o lugar onde estão enterrados seus umbigos. Apenas para ilustração poderia mencionar um documento recente e um depoimento de um século atrás. 1) Em ofício da comunidade Kaingang do Chimbangue (SC) ao presidente da Funai em 15.06.1982, escrevem as lideranças indígenas : '... nunca aceitamos as propostas de ir embora para outras áreas. Porque nós somos nascidos e criados nessa área, e nossos antigos estão enterrados ali no nosso

<sup>45</sup> SEEGER, Anthony e CASTRO, Eduardo B. Viveiros de. **Terras e Territórios Indígenas no Brasil**. Comunicação apresentada na XXXa. Reunião do SBPC. Mineo, 1978, p. 3.

cemitério velho, e no cemitério novo também está a nossa gente...' (in D'Angelis 1984: 100-1). 2) Em relato datado de 1886, José Francisco Tomás do Nascimento informa ter proposto aos Kaingang do Piquiri, liderados pelo cacique Janguio, a mudança para terras próximas ao rio Ivaí, encontrando a seguinte reação: 'ficaram calados; alguns minutos depois de terem consultado entre si. Janguio falou por todos, dizendo que eles não querem sair donde estão acostumados e onde tem seus cemitérios (mostrando por esta forma serem mais religiosos que nós)...' (Nascimento 1886: 273).<sup>46</sup>

Dessa maneira, os *Kaingang*, pela sua identidade, não desistem de suas terras expropriadas. Reivindicam e lutam por elas, estabelecendo um processo coletivo de busca de seus direitos. Exercem sua cidadania coletiva e contribuem na construção deste conceito, com um significativo elemento cultural. Nesse sentido, os membros da Comunidade *Kaingang* do Pinhal, no Estado de Santa Catarina, desestruturada nos fins da década de sessenta, pelo violento processo de colonização, em 1991/92, tomam a decisão de retomar suas terras que sempre ocuparam no seu modo tradicional e de forma permanente — até sua citada expulsão.

A região onde situa-se esta comunidade é área de ocupação tradicional do povo Kaingang. Wilmar D'Angelis, a partir dos estudos de Loureiro Fernandes, Romário Martins, Silvio Coelho dos Santos e Carlos de Araújo Moreira Neto, conclui: "De qualquer modo, qualquer que tenha sido sua amplitude, o que é sem dúvida consensual é o fato de que as terras situadas entre os rios Iguaçu e Uruguai são parte desse território tradicional do povo Kaingang (1)."<sup>47</sup>

Até o ano de 1837, os índios situados na região oeste do atual Estado de Santa Catarina não conheciam as consequências do processo de colonização, diferentemente da realidade vivenciada por centenas de outros povos indígenas desde o ano de 1500, muitos deles já exterminados e/ou expropriados de suas terras e riquezas. Relata esse aspecto histórico D' ANGELIS:

"Em 1837, o Governo Provincial de São Paulo decidira a "descoberta" dos Campos de Palmas, o que é oficializado na lei de 16 de março daquele ano (BANDEIRA, 1851:430). (...) É fundamental ter em mente a extensão dos Campos de Palmas.

<sup>46</sup> D'ANGELIS, Wilmar R. Os Kaingang : Terra e Autonomia Política, condições para o acesso à cidadania. In: *Porantim*, junho de 1991, n. 139, p 8-9.

<sup>47</sup> D'ANGELIS, Wilmar R. (Org.) *Indo Chinbange : História e Luta Kaingang em Santa Catarina*. Xanxerê : CIMI, 1984, p. 7.



Estes campos estão, em sua maior parte, em território do atual Oeste Catarinense, abrangendo grandes extensões de terras nessa região. (...) Cumpre aqui esclarecer o papel de Condá nesse processo de ocupação brasileira que, iniciando em Palmas, em 1839, determinará a primeira ocupação de efetiva ocupação no Oeste Catarinense, para atravessar o Rio Uruguai (Goio-En) e atingir os Campos de Nonoai, em 1845. (...) Condá pertencia às hordas Kaingang (...) Sua ascendência sobre os diversos grupos Kaingang, habitantes dos sertões entre o Iguaçu e o Uruguai, e mesmo da margem esquerda desse último – já território riograndense – é atestada por inúmeros autores (...).<sup>48</sup>

O processo colonizatório se intensifica com as vendas dessas terras às colonizadoras (facilitadas com a Lei de Terras de 1850, constituindo 'mecanismo jurídico-oficial' para a expropriação das terras dos luso-brasileiros e dos indígenas, que não levaram a registro em cartório sua posse que detinham há dezenas e centenas de anos, respectivamente, conforme exigia a lei), que promovem a migração em massa dos colonos gaúchos em fins da década de quarenta até fins dos anos sessenta.

A seguir descreve-se parte da cadeia dominial, que 'legalizou' a ocupação dessas terras. O Estado do Paraná, por seu governador Francisco Xavier da Silva, em 04 de abril de 1893, a título de legitimação de posse (que jamais deteve e sequer tinha idéia da conformação dessas terras), transmite uma área de 391.484.000 m<sup>2</sup>, conhecido como Fazenda Barra Grande, a José Joaquim de Moraes. Esse título foi transferido ao Dr. Luiz Vicente Souza Queiroz, e pela morte deste, à sua esposa Dona Francisca Paula Souza Queiroz e seus filhos como herdeiros. Seus dez filhos a venderam à empresa colonizadora Luce Rosa e Cia., conforme consta do registro nº 201, fls. 60, livro 3, datado de 13 de janeiro de 1920. Ocorre que no interior desse 'pequeno' imóvel encontrava-se a Comunidade do Pinhal, além de outras comunidades indígenas e das comunidades dos luso-brasileiros.

Desse modo, com toda segurança advinda da aquisição dentro dos 'parâmetros legais', a colonizadora inicia suas atividades no imóvel Barra Grande: destruíram as florestas para vender a madeira, contrataram pistoleiros para 'limpar' a área, ou seja, queimar as casas e expulsar e exterminar os homens, mulheres e crianças indígenas, divisão do imóvel em lotes, venda desses lotes para as famílias de agricultores vindos da Europa e do Rio Grande do Sul. Os europeus fugindo da

<sup>48</sup> D'ANGELIS, Wilmar R. Para uma história dos Índios do Oeste Catarinense. In: *Para uma história do oeste*

miséria, do desemprego, da falta de terras, instalam-se nessas terras para construir seu futuro às custas da expropriação e do genocídio dos luso-brasileiros e dos indígenas. Além do 'respaldo' na citada lei, todas as transações imobiliárias e as ações da colonizadora encontraram respaldo e contribuição do poder público estadual e federal.

Ocorre que as comunidades tinham além do direito originário sobre essas terras, o resguardo legal-constitucional. Conforme destaque no Capítulo I, no item 3, estavam em vigor à época o Alvará de 01 de abril de 1680, confirmado pela lei de 06.06.1755, o Regulamento (da lei 601/1850) nº 1318 de 1854, a Constituição Federal de 1934, a de 1937, a de 1946, que continham os citados artigos de respeito à posse dos indígenas. Infelizmente, os luso-brasileiros não tinham essa proteção, mas isso não significa que não detinham o direito e que a lei não estava eivada de injustiça e má-fé, não criando as possibilidades mínimas de informação para a nova necessidade de levar suas posses a registro.

Dessa forma, a União que possuía a obrigação legal-constitucional de garantir a posse das terras, a proteção do patrimônio e a vida dos índios, omitiu-se diante do abuso de poder e da total inconstitucionalidade dos atos dos representantes do Estado de Santa Catarina, que contribuiu na ação de violenta expulsão dos índios de suas terras, apropriou-se dessas terras, repassou essas terras a particulares, forneceu títulos imobiliários, e levou a registro esses títulos. E, assim, no fim dos anos sessenta, o processo de colonização do oeste catarinense havia concluído uma de suas metas: desestruturar a Comunidade *Kaingang* do Pinhal, expulsando-a de suas terras permanentemente e tradicionalmente ocupadas.

Dos índios sobreviventes, alguns foram para outras comunidades indígenas (Votouro e Nonoai, por exemplo), outros foram para as periferias dos centros urbanos e há ainda aqueles que ficaram na região trabalhando como 'peões' (diaristas) para os colonos na própria terra. Desses, quem acabou permanecendo nessas terras até os anos noventa, foi João Maria Rodrigues Piroy, filho do último cacique da Comunidade do Pinhal (anterior à desagregação pela colonização), Gregório Rodrigues, famoso ainda hoje entre os índios de várias comunidades nos

Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, e ainda no meio dos agricultores que ocuparam a região. João Maria permaneceu vários anos trabalhando para os colonos, sem jamais abandonar o lugar, pois ali estava 'enterrado o umbigo' de seu pai e acreditava no direito da sua comunidade àquelas terras. Em 1992, juntam-se a João Maria outras famílias *Kaingang* originárias do Pinhal, há anos espalhados pela região, iniciando um processo de agregamento dos membros da comunidade. Elegem João Maria como cacique, auxiliado por grupo de lideranças locais.

Respaldados pela nova Constituição Federal de 1988, que dá sequência à tradição constitucional republicana de resguardar os direitos dos povos indígenas sobre suas terras e estabelece um prazo de cinco anos para que a União procedesse a demarcação das terras indígenas ainda não regularizadas, e motivados por inúmeros movimentos indígenas de retomadas de suas áreas usurpadas recentemente, iniciam a sua luta de reivindicação para reocupar as terras do Pinhal, às margens esquerda do rio Irani. Desde 1992, o movimento indígena pela devolução dessas terras tem vivenciado vários fatos e experiências, dos quais destaca-se algumas.

O grupo permanece, desde o início da ocupação, cerca de quatro anos em uma encosta que mal se conseguia transitar entre os barracos de lona, sem correr risco de ir montanha abaixo. Suportaram frio e fome, chegando ao limite da resistência humana, as mulheres, as crianças e os homens *Kaingang*. No ano de 1995, reocupam uma área de 25 ha, onde residia uma família de agricultores e instalaram ali seus barracos. Conseguiram usar o prédio da escola para suas crianças voltarem a estudar. Para permanecerem nessa fração de terra até a regularização da demarcação da área, estabelecem um contrato de arrendamento com a famílias dos não-índios, ou seja, os índios passaram a pagar para usar sua própria terra.

Em 28.03.1994, foi publicado no Diário Oficial da União o parecer referente ao relatório antropológico, realizado por funcionário da FUNAI, que reconhece ser a terra de ocupação tradicional *Kaingang*, numa área de 8900 ha. Entretanto, num primeiro momento, em função de questões de ordem financeira, demarcaram 10% deste total, ou seja, 893 ha. Reconhece-se o erro do Estado ao titular essas terras

aos não-índios. Inicia-se o período de desocupação da área, com o pagamento das benfeitorias realizadas pelos ocupantes não-índios e o reassentamento em outras terras e a conseqüente devolução das terras aos seus verdadeiros donos.

Nesse período de luta pela devolução, 1992 a 1996, os indígenas enfrentaram o preconceito e a pressão para desistirem dessas terras e do seu direito de recompor sua comunidade de vários setores da sociedade não-índia: a grande maioria dos vereadores e prefeito de Seara (SC), vários deputados estaduais e federais, governador do Estado de Santa Catarina, líderes dos agricultores, delegado de polícia e, polícia militar. São apoiados também nesse período por outros setores da sociedade: Igreja Católica (bispo, CIMI, padres da paróquia de Seara-SC), MST (Movimento dos Sem-Terra), MMA (Movimento das Mulheres Agricultoras), UFSC, Ministério Público Federal. Isso caracteriza a mudança de concepção e ação da Igreja Católica e o entendimento dos outros setores quanto a possibilidade dos povos indígenas exercerem seus direitos.

Após cinco anos suportando toda a situação adversa, de inúmeras viagens a Florianópolis e Brasília, de infinitas conversas com representantes regionais da FUNAI, do prazo de 05.10.93, fixado pela Constituição Federal de 1988, para a União demarcar todas as terras indígenas estar sendo prorrogado demais pelo poder público, a Comunidade do Pinhal em parceria com a mencionada APOÍS, resolve alterar as estratégias para reaver suas terras.

Nesse processo de construção de sua cidadania coletiva, exigem que os dispositivos legais-constitucionais que lhes dizem respeito sejam operacionalizados, que a racionalidade jurídica resistente aos avanços do direito positivo seja superada. Para avançarem em suas reivindicações, necessitavam criar um fato político, ou seja, que a sociedade brasileira, através dos meios de comunicação, viessem a tomar conhecimento dos fatos envolvendo aquela comunidade no passado recente e nos dias atuais. Para tanto, tomam a seguinte decisão:

"Assim nós pensamos e mudamos de planos, o objetivo continuou o mesmo: retomar nossas terras. Resolvemos segurar na aldeia quatro funcionários do governo dos órgãos que têm o dever de resolver a questão: FUNAI - pelo pagamento da indenização das benfeitorias dos colonos e demarcação física da terra e o INCRA - pelo reassentamento das famílias agricultoras em outras terras. O governo não estava cumprindo com seu o dever, e isto nos obrigou a fazer o que fizemos: detivemos desde o dia 23/10 ao dia 27/10/96 os chefes da FUNAI e do

INCRA e mais outros dois funcionários desses órgãos em Santa Catarina, para pressionar o governo federal, pressionar os seus superiores para que solucionem os problemas, tanto para os pequenos agricultores como para a comunidade indígena. Fizemos isto porque foi o jeito que encontramos para não entrar em confrontos com os agricultores.”<sup>49</sup>

Liberam as autoridades públicas após firmarem um acordo: em um prazo próximo a trinta dias a FUNAI liberaria o pagamento das benfeitorias (já previsto no orçamento da União e à disposição do órgão indigenista desde o início de 1996), e o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), apresentaria propostas de terras na região oeste para o reassentamento dos ocupantes não-índios. Em janeiro de 1997, a grande maioria dos agricultores já haviam desocupado a área, com o recebimento do pagamento das benfeitorias pela FUNAI, o INCRA já havia colocado à disposição dos não-índios a Fazenda Indianópolis, no município de Abelardo Luz-SC, para serem reassentados. As famílias ocupam as casas dos colonos e iniciam a colheita, ambas indenizadas pela FUNAI.

Aos poucos os *Kaingang* do Pinhal vão somando vitórias, recebendo outros membros e, assim, constituindo novas fases na história da comunidade, agora de volta às suas terras onde estão ‘enterrados os umbigos’ dos seus. Nesse exemplo de exercício da cidadania coletiva, a reivindicação vai além do direito da comunidade voltar às suas terras, constitui o direito de se organizarem de acordo com suas especificidades étnico-culturais, do modo *Kaingang* de viver.

Evidencia-se que a cidadania indígena, enquanto possibilidade de ampliação de participação política, garante a ampliação de seus direitos, destacadamente o acesso às suas terras tradicionais e ao exercício de sua autonomia, fornece a dimensão étnico e cultural na elaboração do conceito da nova cidadania, pressuposto do novo pluralismo político-jurídico, que constitui a referência teórica para o direito a ter direitos dessas populações, que alcançam a condição de sujeitos coletivos.

Deixar as populações indígenas fora de suas terras de ocupação tradicional e impossibilitadas do efetivo exercício de sua autonomia, não há como falar em cidadania e inclusão desses povos no processo democrático, pois destituídas

<sup>49</sup> COMUNIDADE Kaingang do Pinhal-SC e APOIS. Movimento de Retomada do Toldo do Pinhal. Nota divulgada a imprensa e aos apoiadores da causa indígena. Seara, 23 a 27 de outubro de 1996.

desses elementos estão condenados ao desaparecimento enquanto povos, em termos físicos e étnico-culturais.

Finalmente, a concepção monista do sistema jurídico, presente desde o início da conformação deste Estado, diante da resistência e reivindicações dos povos indígenas em manterem suas próprias instituições político-jurídicas, obrigou-se a alterar profundamente os elementos fundamentais de sua elaboração teórico-prática, abdicando de seu pressuposto maior, que consiste no único Direito válido e eficaz ser aquele produzido pelo Estado. Desse modo, o Direito indígena não integra o ordenamento jurídico estatal, este, através da Constituição Federal, reconhece a existência de sistemas jurídicos daquele, presente nas suas organizações sociais. Estabelecem os povos indígenas esta nova cidadania, com uma dimensão étnica e cultural, garantida pelo paradigma construído pelo 'pluralismo jurídico comunitário-participativo'.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressalta-se que, apesar das ações governamentais nas relações estabelecidas com as sociedades indígenas, sempre tiveram a perspectiva de retirá-los de suas terras, usurpar suas riquezas, catequizá-los, 'civilizá-los', negando-lhes o direito de viverem de acordo com suas instituições sociopolíticas e, assim, incorporá-los à sociedade brasileira, transformando-os de índios em 'indigentes', os povos indígenas têm resguardado os seus direitos enquanto cidadãos que jamais planejaram construir este Estado — mas foram submetidos a ele contra todas as suas vontades — e, com determinação mantiveram as bases de sua organização sociopolítica, conseguiram incluir seus direitos fundamentais na Lei Maior desta Nação, que necessita sair de suas folhas para ingressar nas suas vidas, enquanto cidadãos que desejam continuar existindo de seu modo, da forma Guarani, Kaingang, Xokleng, Terena, Tikuna, Deni e tantas outras, para poderem criar seus filhos na forma que melhor lhes convier, segundo suas tradições milenares.

A resistência da efetivação dos novos parâmetros constitucionais nas relações do poder público (Executivo, Legislativo e Judiciário) com os povos indígenas, constitui paradoxo da racionalidade jurídica, pois incluiu no ordenamento jurídico estatal o reconhecimento de sistemas jurídicos indígenas, portanto, distinto daquele produzido oficialmente. Vismbra-se que essa resistência do poder público e dos operadores do Direito na aplicação dos mecanismos jurídicos que possibilitam o pleno exercício de nova cidadania indígena, com o uso de sua autonomia, dá-se em função da 'carga' acumulada em séculos de preconceitos e expropriações, através de uma falsa legitimidade, contra as populações indígenas.

Diante da constatação da realidade pluriétnica da população, urge superar essa resistência e aprimorar os mecanismos de garantia, proteção e respeito às dezenas de povos indígenas e outros grupos étnicos presentes neste Estado.

Destaca-se na atual política indigenista o quanto são paradoxais suas ações. Ao mesmo tempo que o governo proclama aos países desenvolvidos, em suas inúmeras viagens, que o Brasil tem uma Constituição garantidora dos direitos das populações indígenas, impede a aprovação, no Congresso Nacional, da Convenção 169 da OIT e do novo 'Estatuto das Sociedades Indígenas', assim como busca alterá-lo profundamente, com disposições inconstitucionais. Soma-se a isto a omissão nas demarcações das terras e na proteção à posse, às riquezas e às populações indígenas. Poderia, assim, o Governo Federal orientar sua base de apoio parlamentar para, em caráter de urgência, aprovar a citada Convenção e legislação complementar para dispor as formas de proteção e as formas de implicações normativas decorrentes das relações públicas e privadas envolvendo os índios.

A omissão do órgão indigenista quanto à assistência e proteção às comunidades indígenas, que tem sido aquela responsável pela conduta, muitas vezes desesperada e desagregadora dos membros dessas comunidades em relação ao seu patrimônio (o nível de dependência que a ação indigenista oficial gerou, tem levado muitos índios a adotarem tais soluções), deve ser superada por ações do órgão indigenista para proteger eficazmente o patrimônio indígena, proporcionando às comunidades o conhecimento dos novos elementos sobre a utilização racional de suas riquezas para se precaverem contra o assédio de interesses econômicos, sob pena de se extinguirem com brevidade.

Convencido, que deveria estar, de que a limitação da capacidade civil e a tutela dos índios estão incompatibilizadas com o atual texto constitucional, o Governo Federal necessita preocupar-se em capacitar os servidores públicos do órgão indigenista, através de meios adequados de estudo, reflexão e exercício de uma nova prática administrativa, buscando para tanto a participação ativa dos povos e organizações indígenas, além de profissionais e entidades apoiadoras dos direitos indígenas.

Permanecem questões instigantes, fora do alcance da presente investigação e, portanto, sem o objetivo de respondê-las, mas de problematizar seus possíveis desdobramentos.



Indaga-se, primeiramente, se os avanços verificados como, por exemplo, a inclusão do instituto da autonomia no ordenamento político-jurídico brasileiro, não caracteriza, na verdade, estratégia oficial para que o Estado se afaste da incumbência onerosa de manutenção e controle das comunidades indígenas e, ainda, as isolem do conjunto da sociedade, mantendo, assim, um controle externo.

No que tange à abordagem da 'experiência de pluralidade e de cidadania na comunidade indígena do Pinhal', a indagação consiste se, com este desfecho, ou seja, o retorno dos *Kaingang* às suas terras de ocupação tradicional, a indenização das benfeitorias e reassentamento dos ex-ocupantes não-índios, a vida da comunidade voltou à normalidade. Para este povo estabelecem-se novos desafios, iguais ou superiores aos do processo de luta pela demarcação das terras como, por exemplo, a reorganização de suas instituições políticas, religiosas, jurídicas, o reaprender o idioma *kaingang*, a recuperação do solo extremamente desgastado pelo completo desmatamento e uso incessante pelos não-índios, a organização do sistema de educação e saúde, a reestruturação da economia interna para sua sustentação, enfim, constituir as bases para essa nova etapa na história dessa comunidade. Os representantes do Estado de Santa Catarina que usurparam as terras indígenas e as repassaram, inconstitucionalmente, aos não-índios e, agora, diante dos atos da União (que reconhece o erro cometido há cerca de cinquenta anos, declarando a nulidade dos títulos dos ocupantes não-índios e a conseqüente desocupação das terras, oficializa o retorno dos índios, emitindo-os na posse), permanecem passivos, como se não houvessem cometido qualquer ato lesivo aos direitos fundamentais dos índios e dos não-índios, comportam-se como se tudo não passasse de um simples equívoco, sem maiores danos a nenhuma das famílias que sofreram e permanecerão sofrendo por muito tempo. Sequer propuseram um programa de ajuda mínima aos envolvidos. Não há dúvidas quanto à responsabilidade civil do Estado de Santa Catarina e, por isso, urge a imperiosidade de investigação para subsidiar o direito desses grupos, notadamente os indígenas, à indenização por danos morais e materiais, para que possam receber a contribuição necessária, justa e constitucional para restabelecer as bases para adequar a organização da comunidade no retorno às suas terras.

Prossegue-se nas indagações, perguntando se a construção teórica do avanço das possibilidades da autonomia na relação com o Estado, ultrapassa os limites do 'mundo' das lideranças indígenas, assim como da dependência financeira das entidades apoiadoras e dos órgãos estatais, e instala-se no 'mundo' das comunidades indígenas — espaço único para o exercício da autonomia — e, talvez, hoje, isoladas dessa compreensão.

Na esteira das indagações, questiona-se se a dependência às entidades financiadoras e apoiadoras da 'causa indígena' não é agravada pela transferência de expectativas frustradas dos não-índios em outros espaços e que pode direcionar o processo indígena a incorporar seus projetos.

Diante do atual processo econômico-político local e mundial, que impõe a abertura unilateral da economia do País a interesses transnacionais, o desmonte do Estado e a drástica diminuição dos recursos públicos e dos programas sociais, a concentração de renda e da terra, constata-se que os povos indígenas estão diante de mais uma onda de agressões às suas formas tradicionais de organização sociocultural e produtiva, ao usufruto exclusivo de suas terras e recursos naturais, ao exercício de sua autonomia e à posse permanente daquelas, tradicionalmente, ocupadas.

Afirma-se que, apesar das incessantes adversidades, os povos indígenas colocaram a questão étnica numa nova perspectiva, superando as barreiras etnocêntricas. Tornaram-se sujeitos coletivos, tanto na esfera dos Estados nacionais quanto em nível mundial. Constituíram a dimensão étnica na elaboração da nova cidadania, pois é na leitura das manifestações desses povos nas suas relações com a sociedade e com o Estado, que constroem-se este conceito.

As elaborações prático-teóricas referentes ao Direito nascido e vivenciado nas comunidades indígenas como instrumento de suas formas próprias de se organizarem e viverem de acordo com seus valores, crenças e tradições, ou seja, conforme suas especificidades étnico-culturais, significam a inclusão desses elementos na construção de um novo paradigma jurídico, fundamentado no 'pluralismo comunitário-participativo'. Marcam, assim, uma perspectiva rumo à construção de um novo Estado pluriétnico.

**ANEXO 1**
**QUADRO 5 — SINÓPTICO DOS PROJETOS REFERENTES AOS POVOS INDÍGENAS  
EM TRAMITAÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS E NO SENADO FEDERAL**

<b>Projeto/Data</b>	<b>Autor/Partido</b>	<b>Ementa</b>	<b>Última Ação</b>
PL 2067/89 25/04/89	Octávio Elísio	Regulamenta art. 21, XXV e o art. 174, §§ 3º e 4º, CF estabelecendo as áreas e as condições para o exercício da garimpagem, em forma associativa, dando prioridade às cooperativas na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, levando em conta a proteção ao meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.	Em 25/4/89 anexado ao PL 1888/89.
PLS 110/89 PL 4916/90 07/05/89	Severo Gomes	Dispõe sobre a mineração em terras indígenas.	Em 25/4/90 remetido à CD.
PLS 260/89 PL 4881/90 05/09/89	Comissão Diretora	Dispõe sobre a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, fixando o prazo de 90 dias para o órgão responsável publicar no Diário Oficial o cronograma de trabalho que permitira cumprir o disposto no art. 67 das Disposições Transitórias da Constituição.	Em 08/02/96 devolvido pelo relator, estando a matéria em condições de ser incluída na pauta de reunião da CCJ
MSC 145/90 PL 4783/90	Presidência da República	Introduz, no Código Penal, título relativo aos crimes contra o Estado Democrático e a Humanidade, revoga a Lei de Segurança Nacional.	Em tramitação na CCJR. Em 20/8/97, redistribuído à Sub-comissão de Matéria Penal.
PLS 257/89 PLP 260/90 29/10/90	Senado Federal	Define a hipótese de relevante interesse público da União, para os fins previstos no art. 231, § 6º, CF, dispondo sobre a exploração das riquezas materiais do solo, dos rios e dos lagos em terras indígenas.	Em tramitação na CCJR. Em 25/4/96 recebeu parecer do relator, Dep. José Luiz Clerot, pela aprovação deste e pela inconstitucionalidade do substitutivo da CDCMAM.
PLC 147/93 PL 1810/91 10/09/91	Genésio Bernardino (PMDB-MG)	Acrescenta dispositivo à Lei 7.710/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.	Em 24/3/97 aguardando parecer no CAS.
PL 2057/91 08/11/81	Aloízio Mercadante (PT-SP)	Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas.	Em 06/12/94 Recurso 182/94, dep. Artur da Távola, para apreciação do projeto pelo Plenário.

PL 1810/91 11/11/91	Genésio Bernardino (PMDB-MG)	Acrescenta dispositivos a Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor incluindo dispositivos que evitarão preconceito e discriminação resultante de aparência física, estado credo religioso, convicção política, trabalho ou condições social.	Em 09/07/93, remetido ao SF.
MSC 367/91 PDS 034/93 PDS 237/93 29/07/92	Presidência da República	Aprova o texto da convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais em países independentes.	Aguardando parecer da CRE. Em 18/04/96, recebeu parecer contrário do Sen. Bernardo Cabral, sendo concedida vista à Sen. Benedita da Silva.
PEC 133/92 15/01/93	Nícias Ribeiro (PMDB-PA)	Acrescenta § 1º ao art. 231, CF, subordinado à autorização prévia do congresso Nacional a demarcação das terras indígenas, após a aprovação da extensão e dos limites territoriais da área que compreende a reserva indígena.	Pronto para a Ordem do Dia. Em 18/10/95, leitura e publicação do parecer da CCJR e CESP.
MSC 367/91 PDC 237/93 25/03/93	CCD/CRE	Aprova o texto da convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais em países independentes convenção que revisa parcialmente a Convenção 107.	Em 25/08/93, remetido ao SF.
PLS 112/93 PL 4906/95 03/09/93	César Dias (PMDB-RR)	Altera o art. 19, da Lei 6.001/73, dispondo sobre o processo para a demarcação das terras indígenas.	Em 05/12/94, remetido à CD.
PDC 365/93 19/10/93	Jair Bolsonaro (PPR-RJ)	Torna sem efeito o Decreto de 25/05/92, que homologa a demarcação administrativa da terra indígena Yanomani, nos estados de Roraima e do Amazonas.	Em tramitação na CCJR. Em 05/11/96, designado relator, dep. Almino Affonso.
PL 4681/94 29/06/94	Sérgio Arouca (PPS-RJ)	Dispõe sobre as condições e funcionamento de serviços de saúde para as populações indígenas.	Em 22/10/97, aprovação unânime da redação final do relator, Nilson Gibson.
PLS 112/95 PL 4906/95 17/01/95	César Dias (PMDB-RR)	Altera o art. 19 da Lei 6.001/73, dispondo sobre o processo para a demarcação das terras indígenas.	Em 12/06/96, leitura e publicação dos pareceres de CDN, CDCMAM e CCJR, pela inconstitucionalidade.
PLS 014/95 22/02/95	Benedita da Silva (PT-RJ)	Dispõe sobre a instituição de cota mínima, para os setores etnoraciais socialmente discriminados, em instituições de ensino superior.	Aguardando parecer da CCJ. Em 24/07/96, designado relator o sen. Antônio Carlos Valadares.

PLS 121/95 PL 1610/96 17/04/95	Romero Jucá (PFL-RR)	Dispõe sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas, de que tratam os arts. 176, § 1º, e 231, § 3º, CF.	Em 08/03/96, remetido à Câmara, encaminhando o projeto p/ revisão.
PEC 069/95 20/04/95	Antônio Feijão (PTB-AP)	Dá nova redação ao art. 225, estabelecendo as terras devolutas, as áreas indígenas e as terras arrecadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, compõem as reservas nacionais de recursos naturais; e sua utilização exploração sustentada e ocupação, serão definidos em lei.	Em 28/06/95, leitura e publicação do parecer da CCJR, pela admissibilidade.
PEC 072/95 25/04/95	Salomão Cruz (PFL-RR)	Suprime o art. 49, XVI e dá nova redação ao § 3º art. 231, CF, atribuindo ao órgão indigenista e ao Ministério de Minas e Energia a competência de autorizar, em terras indígenas, a exploração e aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais que atualmente é competência do Congresso Nacional.	Em tramitação na CCJR. Em 23/05/95, designado relator o dep. Ney Lopes.
PEC 023/95 04/05/95	João França (PPB-RR)	Suprime o § 7º do art. 231, CF.	Pronto p/ Ordem do Dia na CCJ. Em 04/05/95, devolvida pelo relator.
PEC 125/95 13/06/95	Luciano de Castro (PPR-RR)	Altera o art. 231, CF, estabelecendo que é competência exclusiva do Congresso Nacional a homologação das áreas configuradas como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, bem como a revisão no prazo de 5 anos, daquelas pendentes de demarcação ou já demarcadas.	Em tramitação na CCJR. Em 27/09/95, recebeu parecer do relator, dep. Régis de Oliveira, pela admissibilidade.
PEC 668/95 22/06/95	Bonifácio de Andrada (PTB-MG)	Dispõe sobre a demarcação de terras indígenas.	Em tramitação na CADR. Em 13/08/97, designado relator dep. Carlos Airton.
RCP 013/95 27/06/95	Elton Rohnelt (PSC-RR)	Constitui Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a FUNAI.	Em 27/06/95, leitura em Plenário e publicação da matéria.
PLS 216/95 29/06/95	João França (PPB-RR)	Dispõe sobre a mineração em terras indígenas.	Em tramitação na CAS. Em 15/05/97, designada relatora senadora Marluce Pinto.
PEC 153/95 29/06/95	Osvaldo Biolchi (PTB-RS)	Modifica a redação do § 4º art. 231, CF, excetuando da inalienabilidade e indisponibilidade as terras indígenas com ocupantes vintenárias a justo título.	Em tramitação na CCJR. Em 12/08/97, redistribuído ao relator dep. Jarbas Lima.
PDC 180/95 02/08/95	CAE	Autoriza a alienação pelo Governo Federal de uma área de terras de 4.235 hectares, situada no Estado do Mato Grosso.	Em 21/08/95 remetido à Câmara dos Deputados

PEC 183/95 29/08/95	Elton Ronhelt (PSC-RR)	Estabelece limites para a demarcação de terras indígenas, dispondo que na demarcação de terras indígenas será observado um limite cumulativo máximo de 20% da extensão territorial de cada Unidade Federativa.	Em tramitação na CCJR. Em 18/03/96 designado relator o dep. Régis de Oliveira.
PL 929/95 06/09/95	Paulo Rocha (PT-PA)	Define como crimes condutas que favorecem ou configuram trabalho forçado ou escravo.	Em tramitação na CCJR. Em 12/04/96 redistribuído à Sub-comissão Especial de Matéria Penal.
PEC 196/95 13/09/95	Antônio Feijão (PSDB-AP)	Altera o art. 49, XVI e os outros §§ 3º e 7º do art. 231, CF, retirando da competência exclusiva do Congresso Nacional a autorização para realizar pesquisa ecológica em áreas indígenas.	Em tramitação na CCJR. Em 18/03/96 designado relator o dep. Régis de Oliveira.
PEC 296/95 13/12/95	Salomão Cruz (PTB-SP)	Dá nova redação à alínea 'c' do art. 159, I, CF, estabelecendo que do percentual de 3% que a União Federal entregará do produto de arrecadação do imposto de renda para a aplicação de programas de financiamento do setor produtivo das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste seja usado para atender as áreas indígenas demarcadas daquelas regiões, bem como para socorrer aos municípios cujas terras são em boa parte ocupadas por tribos indígenas.	Em 22/05/97, apensado à PEC 130/95.
PDC 233/96 11/01/96	Gilney Viana (PT-MT)	Susta o Decreto 1.775/96, que estabelece normas sobre a demarcação de terras indígenas.	Em tramitação na CADR. Em 12/08/97, designado relator dep. Paulo Rocha.
PEC 311/96 30/01/96	Hilário Coimbra (PTB-SP)	Modifica o § 1º do art. 231, CF, estabelecendo que em caso de demarcação das terras indígenas, deverá ser realizada audiência pública na sede dos municípios onde se localizarem, observando-se a proporcionalidade entre sua extensão e o número de integrantes das comunidades indígenas beneficiadas.	Em tramitação na CCJR. Em 03/04/97, designado relator dep. Gérson Peres.
PLS 121/95 PL 1610/96 11/03/96	Romero Jucá (PPB-RR)	Dispõe sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas.	Em 30/09/97 aprovado requerimento dep. Sérgio Miranda, solicitando retirada de pauta da ordem do dia do req. de urgência p/ este projeto.
PLS 002/96 PL 2378/96 17/09/96	Marina Silva (PT-AC)	Dispõe sobre a criação do Dia Nacional dos Povos da Floresta, a ser comemorado no dia 22 de dezembro.	Em tramitação na CCJ. Em 21/08/97, designado relator dep. Luiz Máximo.
PLS 270/96 13/12/96	Marina Silva (PT-AC)	Altera a Lei 9.279/96 que regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial, acrescentando artigo que dispõe sobre direitos relativos aos conhecimentos tradicionais.	Pronto para inclusão na pauta da CCJ.

PRC 118/97 23/01/97	Paulo Paim (PT-RS)	Institui a Ouvidoria Permanente da Câmara dos Deputados para encaminhar denúncias de preconceitos e discriminações.	Em 19/02/97 apensado ao PRC 107/96.
PEC 450/97 06/03/97	Antônio Feijão (PSDB-AP)	Adiciona alínea 'd' ao art. 12 e modifica os §§ 1º e 6º do art. 232, CF, incluindo o índio como cidadão brasileiro e estabelecendo que, quando fora das reservas indígenas, terão os membros das comunidades indígenas, independente do grau cultural conceituado, todos os direitos, deveres e prerrogativas do cidadão brasileiro.	Em tramitação na CCJ. Em 03/04/97, designado relator dep. Gérson Peres.
PL 3168/97 27/05/97	Luiz Alberto (PT-BA)	Acrescenta art. À Lei 7.716/89 que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, instituindo a responsabilidade penal de pessoas jurídicas cujos funcionários realizem práticas de racismo.	Em tramitação na CCJR. Em 27/08/97, distribuído à Sub-comissão de Matéria Penal.
PEC 100/95 23/05/95	Salomão Cruz (PFL-RR)	Modifica o § 1º do art. 231, CF, vedando qualquer alteração de direito nas terras ocupadas pelos índios até que sejam demarcadas por lei.	Em 07/11/95 deferido requerimento do autor.
PL 1628/96 13/03/96	Fátima Pelaes (PSDB-AP)	Define a Política Florestal para a Amazônia Brasileira.	Em 07/05/97 em tramitação na CD. Leitura e publicação da matéria.
PL 2451/91 12/12/91	Aloizio Mercadante (PT-SP)	Cria a área indígena Yanomami; altera o decreto 83.550/79; revoga os decretos 97.545/89 e 97.546/89, que criam respectivamente o Parque Nacional do Pico da Neblina, a Floresta Nacional de Roraima e a Floresta Nacional do Amazonas.	Em 29/11/94 recebeu parecer pela rejeição.

**QUADRO 6 — SINÓPTICO DOS PROJETOS SOBRE ÍNDIOS APENSADOS  
AO PL 4916/90 (ESTATUTO DAS SOCIEDADES INDÍGENAS)  
EM TRAMITAÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS E NO SENADO FEDERAL**

<b>Projeto/Data</b>	<b>Autor/Partido</b>	<b>Ementa</b>	<b>Última Ação</b>
PL 1561/89 01/03/89	Carlos Cardinal (PDT-RS)	Estabelece as condições para pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais energéticos em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, exigindo autorização do Congresso Nacional e a preservação do meio ambiente.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 1700/89 15/03/89	Rita Camata (PMDB-ES)	Dispõe sobre a exploração de riquezas no território indígena, definindo ditame sobre direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, inclusive exploração de riquezas	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 1826/89 28/03/89	Costa Ferreira (PFL-MA)	Dispõe sobre a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 2160/89 27/04/89	Flávio Rocha (PL-RN)	Dispõe sobre a exploração de recursos naturais nos territórios indígenas, exigindo a apuração do Congresso Nacional e a participação de 10% das comunidades indígenas nos resultados das atividades exploratórias.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 2193/89 28/04/89	Tadeu França (PDT-PR)	Dispõe sobre a mineração em terras indígenas, fixando os requisitos para a concessão de autorização de pesquisa e lavra de minério.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 2935/89 28/06/89	Juarez Marques Batista (PSDB-MS)	Assegura participação nos resultados da lavra das riquezas minerais em terras indígenas às comunidades afetadas.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 4563/89 13/12/89	Presidência da República	Dispõe sobre a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas, dispondo sobre a proteção às comunicadas indígenas e ao meio ambiente.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 110/89 PL 4916/90 07/05/90	Severo Gomes (PMDB-SP)	Dispõe sobre a mineração em terras indígenas, exigindo autorização do Congresso Nacional para a pesquisa e lavra de riquezas minerais em reservas indígenas e exigindo estudo prévio de impacto ambiental.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 5742/90 09/10/90	Morazildo Cavalcanti (PL-RR)	Dispõe sobre a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.



PL 5764/90 10/10/90	Gandi Jamil (PDT-MS)	Disciplina o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 222/91 25/03/91	Costa Ferreira (PFL-MA)	Dispõe sobre a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 738/91 18/04/91	Teresa Jucá (PDS-RR)	Estabelece normas para pesquisa e lavra das riquezas minerais em áreas indígenas, de acordo com o art. 231, § 3º CF.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 692/91 15/05/91	Raquel Cândido (PDT-RO)	Dispõe sobre a mineração em terras indígenas.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 2451/91 12/12/91	Aloizio Mercadante (PT-SP)	Cria a área indígena Yanomami; altera o dec. 83.550/79; revoga os Dec. 97.545/89 e 97.546/89, que criam respectivamente o Parque Nacional do Pico da Neblina, a Floresta Nacional de Roraima e a Floresta Nacional do Amazonas.	Em 29/11/94 anexado, ficando sujeito arquivamento.
PL 2619/92 09/04/92	Tuga Angerami (PSDB-SP)	Dispõe sobre o Estatuto dos Povos Indígenas.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 2160/91 15/06/92	Presidência da República	Dispõe sobre o Estatuto do Índio.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 306/92 30/07/92	Tuga Angerami (PSDB-SP)	Dispõe sobre atividade mineral em terra indígena	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.
PL 4442/94 01/03/94	Avenir Rosa (PP-RR)	Altera o parágrafo único do art. 6º do Código Civil para redefinir a excepcionalidade da tutela dos silvícolas, determinando que somente serão tutelados os índios que não estejam adaptados comprovadamente à Civilização.	Em 29/11/94 anexado ao PL 4916/90.

## **SIGLAS USADAS NOS QUADROS 5 e 6.**

### **COMISSÕES PERMANENTES DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**

CAPR	COMISSÃO DE AGRICULTURA E POLÍTICA RURAL
CCJR	COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO
CCTCI	COMISSÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INFORMÁTICA
CDCMAM	COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, MEIO AMBIENTE E MINORIAS
CDN	COMISSÃO DE DEFESA NACIONAL
CDUI	COMISSÃO DE DESENVOLVIMENTO URBANO E INTERIOR
CDH	COMISSÃO DE DIREITO HUMANOS
CECD	COMISSÃO DE EDUCAÇÃO, CULTURA E DESPORTO
CEIC	COMISSÃO DE ECONOMIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO
CFT	COMISSÃO DE FINANÇAS E TRIBUTAÇÃO
CME	COMISSÃO DE MINAS E ENERGIA
CRE	COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES
CSSF	COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA
CTASP	COMISSÃO DE TRABALHO, DE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇO PÚBLICO
CVT	COMISSÃO DE VIAÇÃO E TRANSPORTE

### **COMISSÕES PERMANENTES DO SENADO FEDERAL**

CAE	COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS
CAS	COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS
CCJ	COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA
CE	COMISSÃO DE EDUCAÇÃO
CFC	COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE
CRE	COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DEFESA NACIONAL
CSI	COMISSÃO DE SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA

### **OBS.:**

CMIST	COMISSÃO MISTA
CESP	COMISSÃO ESPECIAL

### **DIVERSOS**

CD	CÂMARA DOS DEPUTADOS
EF	EXECUTIVO FEDERAL
MD	MESA DIRETORA
PLEN	PLENÁRIO
SF	SENADO FEDERAL
CN	CONGRESSO NACIONAL

## PROPOSIÇÕES

MPV	MEDIDA PROVISÓRIA
MSC	MENSAGEM
OFS	OFÍCIO SENADO FEDERAL
PDC	PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
PDS	PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO DO SENADO FEDERAL
PEC	PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL
PFC	PROPOSTA DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE
PL	PROJETO DE LEI
PLC	PROJETO DE LEI DA CÂMARA (FORMA DO SF DENOMINAR)
PLS	PROJETO DE LEI DO SENADO (FORMA DO SF DENOMINAR)
PRC	PROJETO DE RESOLUÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
PRS	PROJETO DE RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL
RCP	REQUERIMENTO DE CPI

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRRE, Francisco Ballón; BORRERO, Camilo. Qual direito? **Seminários**, Rio de Janeiro, n. 16, set., 1991.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania do direito aos direitos humanos**. São Paulo : Acadêmica, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Dogmática e sistema penal** : em busca da segurança jurídica prometida. Florianópolis-SC, 1994. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do decreto n. 22/91**. Mimeo, (19..).
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Direito alternativo – notas sobre as condições de possibilidades. In: **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo : Acadêmica, 1991.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. **Lua Nova**, n. 33, p. 7, 1994.
- BEVILACQUA, Clóvis. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista. In: **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba : Juruá, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- BROSSARD, Paulo. Constituição de Leis a ela anteriores. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 4, p. 30, 1993.
- CAPIBERIBE, João Alberto. Desenvolvimento e defesa das terras indígenas. **Folha de São Paulo**, 22 fev. 1996.
- COELHO, Lúcia Martha C. da Costa. Sobre o conceito de cidadania : uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro. n. 100, p. 10, jan./mar., 1990.
- COELHO, Luis Fernando. **Teoria crítica do direito**. Curitiba : HDV, 1986.
- COLAÇO, Thais Luzia. **O direito Guarani pré-colonial e as missões jesuíticas** : a questão da incapacidade indígena e da tutela religiosa. Florianópolis-SC, 1998. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.
- COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Textos da 14ª conferência da OAB**. Vitória, 20-24 set. 1998.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil** : mito, história, etnicidade. São Paulo : Brasiliense, 1987.
- CUNHA, Manuela Carneiro da; OLIVEIRA, Roberto Cardoso. **Os direitos do índio** : ensaios e documentos. São Paulo : Brasiliense, 1987.
- D'ANGELIS, Wilmar R. Os Kaingang : Terra e Autonomia Política, condições para o acesso à cidadania. **Porantim**, n. 139, p. 8-9, jun. 1991. Brasília.
- \_\_\_\_\_. Para uma história dos índios do oeste catarinense. Para uma história do oeste catarinense. **10 anos de CEOM**, Chapecó : UNOESC, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Toldo Chimbangue** : história e luta Kaingang em Santa Catarina. Xanxerê : CIMI, 1984.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Justiça para os índios. **Folha de São Paulo**, 26 jul. 1994.
- \_\_\_\_\_. Flecha da Justiça. **O Globo**, São Paulo, 31 jan. 1996.

- DECLARAÇÃO DE BARBADOS III : articulação da diversidade. **Boletim da ABA**, n. 22, p. 14, mar. 1994.
- DECLARACION DEL ENCUENTRO CONTINENTAL DE AUTORIDADES Y LIDERES INDÍGENAS. **Revista da ALAI**, Quito, n. 238, p. 14-15, 1996.
- DEMO, Pedro. **Participação é conquista**. São Paulo : Cortez, 1988.
- DURHAM, Eunice Ribeiro. O lugar do índio. **O Índio e a Cidadania**. São Paulo: Brasiliense/Comissão Pró-Índio-SP, 1983.
- DWORKIN, Ronald M. **La filosofía del derecho**. México : Fondo de Cultura Económica, 1980
- EM DEFESA DA CAUSA INDÍGENA, **Porantim**, Brasília. 86, jun. 1986
- EM DEFESA DA CAUSA INDÍGENA, **Porantim**, Brasília, n. 128, mai. 1990.
- GAIGER, Julio M. G. **Toldo Chimbangue** : direito Kaingang em Chapecó. Xanxerê : CIMI, 1984.
- GOIÁS, Jussara de. Os dilemas da construção da cidadania no Brasil. **Subsídio INESC**, 1996.
- GOMES, José Maria. Elementos para uma crítica à concepção jurisdicista do Estado. **Seqüência**, 2º p. 121, sem 1980.
- LAS CASAS, Bartolomé de. Principios para defender a justiça dos índios. **Textos Clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba : Juruá/NDI, 1992.
- LYRA, Roberto. O direito penal dos índios. **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba : Juruá/NDI, 1992.
- MARSHAL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status** Rio de Janeiro : Zahar, 1967.
- MENDES JR. João. **Os indígenas do Brasil** : seus direitos individuais e políticos. São Paulo : Hennes, 1912.
- O ASSASSINATO DO ÍNDIO PATAXÓ. **Consulex**. São Paulo, ano I, n. 5, p. 10, mai. 1997.
- OLIVEIRA SOBRINHO. Os selvícolas brasileiros e a legislação pátria. **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba : Juruá, 1992.
- OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A crise do indigenismo**. Campinas : UNICAMP, 1988.
- PAIVA, Eunice; JUNQUEIRA, Carmem. **O estado contra o índio**. São Paulo : PUC, 1985.
- PAOLI, Maria Cecília Pinheiro Machado. O sentido histórico da nação de cidadania no Brasil : onde ficam os índios? **O índio e a cidadania**. São Paulo : Brasiliense, 1983.
- PAOLI, Maria Célia. Trabalhadores e Cidadania. **Estudos Avançados**, n. 3, p. 42-43, jul. 1998.
- PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e Índios escravos : os princípios da Legislação Indigenista do período colonial (século XVI a XVIII). **História dos índios no Brasil**. São Paulo : Companhia das Letras, 1992.
- POLANCO, H. Díaz. **Pueblos Indios : autonomia y territorialidad**. México : CIESAS, 1992.
- PREZIA, Benedito; HOOANERT, Eduardo. **Esta terra tinha dono**. São Paulo : FTD/CIMI/CENILA, 1989.
- PROJETO DE LEI DO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS. Brasília : CIMI, 1998.
- RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. **Los pobres y el uso del derecho**. Direito insurgente : o direito dos oprimidos. **Seminários**, Rio de Janeiro, n. 14 1990.
- RECH, Daniel. Direito insurgente : o direito dos oprimidos. **Seminários**, Rio de Janeiro, n. 14, set., 1990.
- RELATÓRIO EXPÕE FOME INDÍGENA : um terço dos índios não têm o que comer. **Zero Hora**, Porto Alegre, 27 nov. 1995.

- RIBEIRO, Darcy. **A política indigenista**. Rio de Janeiro : Ministério da Agricultura, 1962.
- \_\_\_\_\_. **Os índios e a civilização** : a integração e as populações indígenas no Brasil moderno. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1970.
- RICARDO, Carlos Alberto; SOUZA FILHO, Carlos F. Marés. Decreto do Medo. **Folha de São Paulo**, 05 fev. 1996.
- RICARDO, Fany Pantaleon. Situação juridico-administrativa das terras indígenas no Brasil. **Documentos do ISA. Terras Indígenas no Brasil** : um balanço da era Jobim. Brasília, 1997.
- RIVAS, Gilberto López y. As posições do etnomarxismo na questão étnica. **Porantim**, n. 171, 1994.
- RIVAS, Gilberto Lopes y; POLANCO, Héctor Díaz. *Movimiento indígena y Campesino : fundamentos de las autonomias regionales*. **Cuadernos Agrários**. México, 1994.
- SANTILLI, Márcio. As terras indígenas e o decreto 1775 : Balanço e perspectiva. **Documentos do ISA e Terras Indígenas no Brasil** : um balanço da era Jobim. Brasília, 1997.
- SANTOS, Fábio Alves dos. **Direito agrário** : política fundiária no Brasil. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- SANTOS, Silvio Coelho dos. **Povos indígenas e a Constituinte**. Florianópolis : UFSC/Movimento, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Sociedades indígenas e o direito** : uma questão de direitos humanos. Florianópolis : UFSC, 1985.
- \_\_\_\_\_. **O índio perante o direito**. Florianópolis : UFSC, 1982.
- SEEGER, Anthony; CASTRO, Eduardo B. Viveiros de. **Terras e territórios indígenas no Brasil**. Comunicação apresentada na 30ª Reunião do SBPC. Mineo, 1978.
- SEMANA DOS POVOS INDÍGENAS : América dos índios. **Porantim**, Brasília : CIMI/CNBB, 1995.
- SILVA, José Afonso da. **Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios** : os direitos e indígenas e a Constituição. Porto Alegre : S.A FABRIS/NDI, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo : Malheiros, 1993.
- LYRA, Roberto. O direito penal dos índios. **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba : Juruá, 1992.
- SOCIEDADES INDÍGENAS E POPULAÇÃO POR ESTADO. FUNAI, Mimeo Brasília, 1996.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua**. Brasília : UNB, 1987.
- SPOSATI, Aldaiza. Cidadania e pobreza : desafios atuais. **Vida Pastoral**. n. 178, p. 3 e 6, set./out. 1994.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências judiciais. In **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre : Fabris/NDI, 1993.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) **Teoria do direito e do estado**. Porto Alegre : Sérgio A. Fabris, 1994
- \_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico** : fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo : Alfa-Omega, 1994.